Leistung Zug um Zug.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der Juristischen Fakultät
der Königlichen Eberhard-Karls-Universität Tübingen

vorgelegt von

Josef Steininger
geprüfter Rechtspraktikant aus Pappenheim.

ACAD.
LUDD.BAT
BIBL.

Borna-Leipzig
Buchdruckerei Robert Noske
1905.

Genehmigt auf Antrag des Referenten Professor Dr. von Wendt
am 6. Juli 1905.

Meiner lieben Braut.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Die Einrede der Zug um Zug Leistung.

§ 1. A. Entstehungsgeschichte 1

B. Rechtliche Natur.

§ 2. 1. Ratio legis 4

§ 3. 2. Struktur 5

§ 4. 3. Inhalt des Gegenrechtes 9

§ 5. 4. Wirkung der Einrede 11

5. Umfang der Einrede.

a) In zeitlicher Beziehung.

§ 6. α) Entstehung 15

§ 7. β) Endigung 18

b) In persönlicher Hinsicht.

§ 8. α) Zession 26

§ 9. β) Konkurs 27

C. Anwendungsgebiet.

1. Zurückbehaltungsrecht.

§ 10. a) Abgrenzung von verwandten Rechten 29

§ 11. b) Einzelne Anwendungsfälle 33

2. Der gegenseitige Vertrag.

§ 12. a) Allgemeines 37

§ 13. b) Im einzelnen 39

§ 14. 3. Das Rücktrittsrecht 44

II. Die Verurteilung zur Zug um Zug Leistung.

A. Zuständigkeit.

§ 15. 1. Sachliche 46

§ 16. 2. Örtliche 47

B. Klagestellung.

§ 17. 1. Klageantrag 50

§ 18. 2. Rechtshängigkeit 52

Seite

§ 19. C. Beweislast 54

D. Urteil.

§ 20. 1. Inhalt 56

§ 21. 2. Verhältnis zur Widerklage 58

§ 22. 3. Rechtskraft 59

§ 23. E. Vollstreckung 61

§ 24. F. Prozeßkosten 63

Literaturverzeichnis.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechtes.
Cosack, Lehrbuch des Handelsrechtes.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechtes.
Dernburg, Pandekten.
Dernburg, Geschichte und Theorie der Kompensation.
Dernburg, Das bürgerliche Recht.
Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch.
Eccius, Das preußische Privatrecht.
Enneccerus, Das bürgerliche Recht.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes.
Gareis, Handelsgesetzbuch. Handausgabe.
Gaupp-Stein, Civilprozeßordnung.
Hellwig, Wesen und subjektive Behandlung der Rechtskraft.
Hellwig, Lehrbuch des deutschen Civilprozesses.
Hölder, Kommentar zum allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches.
Jäger, Konkursordnung.
Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar.
Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes.
Mugdan und **Falkmann**, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch.
Planck, Lehrbuch des deutschen Civilprozesses.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse.
Seuffert, Kommentar zur Civilprozeßordnung.
Stammler, Recht der Schuldverhältnisse.
Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
Windscheid-Kipp, Pandektenrecht.

I. Die Einrede der Zug um Zug Leistung.

A. Entstehungsgeschichte.

§ 1.

I. Der juristische Tatbestand eines Rechtsvorganges erzeugt in der Regel keineswegs nur Rechte auf der einen, Verpflichtungen auf der anderen Seite, sondern bildet vielfach die Grundlage von Rechtsverhältnissen, die für das einzelne beteiligte Rechtssubjekt die Quelle sowohl von Rechten als auch Pflichten bilden. Derartige, auf einem einheitlichen Rechtsverhältnisse beruhende Ansprüche, welche zueinander in einem natürlichen, gewollten, oder als gewollt vorauszusetzenden Zusammengehörigkeitsverhältnisse stehen, schlechthin konnexe[1]) Ansprüche genannt, müssen von den Beteiligten nicht notwendig gleichzeitig geltend gemacht werden; es ist vielmehr der Fall denkbar und praktisch sehr häufig, daß der eine Teil die Erfüllung der ihm gebührenden Leistung ohne Rücksicht auf die von ihm geschuldete Gegenleistung verlangt.

Schon das römische und gemeine Recht waren in einem solchen Falle zu einer Stellungnahme zu der Frage gezwungen, ob nicht die gemeinsame Rechtsbasis der konnexen Ansprüche ein derartiges gegenseitiges Abhängigkeitsverhältnis voneinander bedinge, daß die Geltendmachung des einen Anspruches notwendig die Berücksichtigung des korrespondierenden Gegenanspruches im Gefolge haben müsse.

Wenn man diese Frage im allgemeinen auch bejaht hat, so konnte man doch über Maß, Umfang und Grund der gegenseitigen Abhängigkeit nicht einig werden; insbesondere herrschte im gemeinen Rechte über

---

[1]) Eine Unterart der konnexen Ansprüche bilden die aus einem gegenseitigen Vertrage hervorgegangenen Forderungsrechte. Zur Bezeichnung des Abhängigkeitsverhältnisses spricht man hier nicht von Konnexität sondern von Synallagma.

die rechtliche Natur derjenigen Rechtsinstitute, in welchen dieses Zusammengehörigkeitsverhältnis in praktische Erscheinung trat, nämlich des ius retentionis bei den konnexen Schuldverhältnissen im engeren Sinne und der exceptio non adimpleti contractus bei den synallagmatischen Kontrakten eine lebhafte Meinungsverschiedenheit.

Alle Versuche, hier klärend zu wirken, führten nur zu dem negativen Resultate, daß man es schließlich überhaupt ablehnte, für diese äußerst bestrittene Materie, die in keiner der modernen Kodifikationen eine allseits befriedigende Lösung fand, allgemeine Regeln aufzustellen.[1])

II. Auch durch die Einführung des bürgerlichen Gesetzbuches wurden diese Streitfragen keineswegs aus der Welt geschafft; sie erhielten im Gegenteil durch die Gestaltung der Lehre von der „Zug um Zug Leistung" nur neue Nahrung zugeführt.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat Bestimmungen sowohl über die Einrede des nicht erfüllten Vertrages als über das Zurückbehaltungsrecht getroffen. Erstere ist in § 320 B.G.B. geregelt, dessen 1. Satz lautet:

Wer aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, daß er vorzuleisten verpflichtet ist.

Das Zurückbehaltungsrecht umschreibt § 273 Abs. 1 und 2 wie folgt: Hat der Schuldner aus demselben rechtlichen Verhältnis, auf dem seine Verpflichtung beruht, einen fälligen Anspruch gegen den Gläubiger, so kann er, sofern nicht aus dem Schuldverhältnisse sich ein Anderes ergibt, die geschuldete Leistung verweigern, bis die ihm gebührende Leistung bewirkt wird.

Wer zur Herausgabe eines Gegenstandes verpflichtet ist, hat das gleiche Recht, wenn ihm ein fälliger Anspruch wegen Verwendungen auf den Gegenstand oder wegen eines ihm durch diesen verursachten Schadens zusteht, es sei denn, daß er den Gegenstand durch eine vorsätzlich begangene unerlaubte Handlung erlangt hat.

Ergänzt werden diese Vorschriften durch die §§ 322 und 274, welche bestimmen, daß gegenüber der Klage des Gläubigers die Geltendmachung der Einrede des nicht erfüllten Vertrages bezw. des Zurückbehaltungsrechtes nur die Wirkung habe, daß der Schuldner zur Leistung

---

[1]) Windscheid § 462 Anm. 9; Dernburg, Pandekten § 20 Anm. 1.

gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung (Erfüllung Zug um Zug) zu verurteilen sei.

III. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat es abgelehnt, den auf dem Boden des gemeinen Rechtes bestehenden Streit über die rechtliche Natur der Zug um Zug Erfüllung zu entscheiden, vielmehr es der Wissenschaft und Praxis überlassen, aus den einzelnen Vorschriften des Gesetzes die Konsequenzen zu ziehen.[1])

Durch die Vermeidung einer klaren Stellungnahme zu den schwebenden theoretischen Prinzipienfragen hat sich der Gesetzgeber die praktische Fassung der ganzen Lehre von der Zug um Zug Leistung in einzelne Paragraphen wesentlich erschwert.

Dies erhellt deutlich aus der Entstehungsgeschichte der §§ 320 ff. B.G.B. (§ 362 des 1. Entwurfes enthält die Vorschrift, daß der gegenseitige Vertrag von den Vertragschließenden wechselseitig zu gleicher Zeit zu erfüllen sei.) Daß damit nicht auf das preußische Recht[2]) zurückgegriffen werden sollte, geht aus § 364 und § 366 des 1. Entwurfes hervor; ersterer bestimmt, daß der aus einem gegenseitigen Vertrage auf die ihm obliegende Leistung in Anspruch Genommene die geforderte Leistung so lange verweigern könne, bis er die Gegenleistung empfangen habe, während § 366 ausdrücklich den Standpunkt des preußischen Rechtes ablehnt, welches als Klagebegründung die Behauptung des Klägers erfordert, daß er die ihm obliegende Leistung bereits bewirkt habe.

Der 1. Entwurf stellt sich also die Verpflichtungen aus einem gegenseitigen Vertrage nicht als wechselseitige Austauschpflicht der Vertragsteile vor, sondern gewährt dem Schuldner lediglich das Recht, die Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zu verweigern. Ob sich der Schuldner im Prozesse auf diese Befugnis berufen will, ist seine Sache; das Recht auf die Gegenleistung wird nicht, wie im preußischen Rechte, von Amtswegen berücksichtigt; macht aber der Beklagte das Recht, die Leistung zu verweigern, mit Erfolg geltend, dann wird die Verpflichtung zum Austausch der beiderseitigen Leistungen d. i. zur Zug um Zug Leistung durch Urteil ausgesprochen.

---

[1]) Motive Bd. 2 S. 200.

[2]) Hier bedeutete die exceptio non adimpleti contractus keine Einrede gegen den Anspruch sondern eine Verneinung des Klagegrundes. vgl. Eccius Bd. 2 § 125 Anm. 68, Bd. 1 § 83.

Nicht ein Recht auf Zug um Zug Leistung sichert daher der 1. Entwurf den Vertragsteilen, sondern die rechtliche Möglichkeit, ein Urteil auf Zug um Zug Leistung zu erwirken.

An dieser Konstruktion wurde später sachlich nichts mehr geändert, wenn man auch fühlte, daß der in § 362 ausgesprochene Grundsatz der Zug um Zug Leistung von den nachfolgenden §§ 364 bis 366 so wesentlich modifiziert wurde, daß von dem an die Spitze gestellten Pinzip fast nichts mehr übrig blieb; es wurde daher der Antrag gestellt, den § 362 zu Vermeidung von Mißdeutungen zu streichen. In den Kommissionsberatungen wurde zur Begründung dieses Antrags insbesondere betont, daß § 362 nicht so verstanden werden dürfe, als ob die aus einem gegenseitigen Vertrage erwachsenden Ansprüche der Vertragsparteien auf Leistung gegen Gegenleistung gerichtet seien; den dem so ausgelegten § 362 zugrunde liegenden Gedanken expressis verbis oder durch die Fassung der nachfolgenden Paragraphen zum Ausdruck zu bringen, wurde schließlich der Redaktionskommission überlassen.[1])

Auf Grund dieser Beschlüsse entstanden §§ 271 ff. des 2. Entwurfes und endlich mit nur redaktionellen Änderungen die §§ 320 ff. B.G.B.

B. Rechtliche Natur.

1. Ratio legis.

§ 2.

Auch die heutige Fassung des Gesetzes besagt inhaltlich nichts anderes als die des 1. Entwurfes; auch sie gibt dem aus einem gegenseitigen Vertrage Verpflichteten gegenüber dem Leistungsanspruch des Gläubigers ein Gegenrecht, auf Grund dessen er die Leistung verweigern und die Verurteilung zur Zug um Zug Leistung begehren kann. Diese scheinbare Inkonsequenz in den Folgen der Ausübung des Gegenrechtes ist ein Zugeständnis an das praktische Bedürfnis des Lebens, sie entspringt einem Kompromiß zwischen gemeinrechtlicher Rechtsanschauung und der des preußischen Landrechtes.

Würde das Gesetz dem Rechte, die Leistung zu verweigern, die Urteilsfolgen angepaßt haben, so müßte das Urteil nicht auf Zug um

[1]) Protokolle Bd. 1 S. 626 f.

Zug Leistung, sondern auf Abweisung der Klage lauten. Dies wäre unzweckmäßig, weil dann der Kläger unter Angebot der Gegenleistung aufs neue klagen müßte, obwohl die Entscheidung über beide Leistungen spruchreif ist. Wenn aber das Gesetz umgekehrt jedem Vertragsgegner von vornherein das Recht auf Zug um Zug Leistung gegeben hätte, dann würde, wie früher im preußischen Rechte die Klagevoraussetzung des Bereitseins zur Gegenleistung oder des Anbietens derselben zu bedenklichen Zweifeln und vielfachen Streitigkeiten führen und überdies in der Mehrzahl von Fällen den Kläger zur Vorausleistung zwingen. Der Gesetzgeber vermied beide Klippen, indem er die Zug um Zug Erfüllung erst für jenen Zeitpunkt schuf, für welchen sie praktisch notwendig wurde, nämlich für das Stadium der Zwangsvollstreckung, ohne anderseits dem Kläger die Bewirkung der Gegenleistung bereits vor der Klagestellung zuzumuten.

2. Struktur.

§ 3.

Es ist nicht zu leugnen, daß durch diese Gestaltung des Zurückbehaltungsrechtes und der Einrede des nicht erfüllten Vertrages eine alte Streitfrage wachgerufen wurde, die bereits früher zu lebhaften Erörterungen geführt hat; wie nämlich im gemeinen Rechte die Frage, ob die exceptio non adimpleti contractus wirklich zu jenen Rechtsgebilden gehöre, denen sie ihren Namen verdankt, oder ob sie nicht vielmehr eine direkte Verneinung, Behauptung sei, daß die klägerische Forderung schon an und für sich nicht begründet erscheine,[1]) von vielen Schriftstellern in letzterem Sinne beantwortet wurde, so hat auch Endemann[2]) für das bürgerliche Recht den Satz aufgestellt, daß die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes und des nicht erfüllten Vertrages gar keine Einreden seien, sondern lediglich die Geltendmachung der wechselseitigen materiellen Abhängigkeit der Erfüllungspflichten.

Allein, wenn das Gesetz von einer Einrede z. B. des nicht erfüllten Vertrages spricht, so ist das nicht etwa eine bloße Übersetzung der gemeinrechtlichen exceptio non adimpleti contractus, sondern

[1]) Windscheid § 321, Anm. 2.

[2]) § 88 Anm. 46, § 125 Anm. 10, § 126 A. 21.

das Gesetz wollte dem Schuldner eine wahre Einrede gegen die Klage des Gläubigers geben.

I. Dafür spricht vor allem die Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuches. Überall da, wo das Gesetz dem Schuldner die Berechtigung verleiht, die Leistung zu verweigern, gewährt es ihm mit diesen Worten eine Einrede.[1]) Derselben Ausdrucksweise bedient sich das Gesetz in den §§ 273 und 320 und bezeichnet das daselbst dem Schuldner gewährleistete Recht in § 202 Abs. 2 mit einer jeden Zweifel ausschließenden Deutlichkeit als Einrede des Zurückbehaltungsrechtes, des nicht erfüllten Vertrages.

II. Endemann vermißt als Wirkung der Einrede, daß der Anspruch des Gläubigers gehemmt und seine Klage auf Leistung als vorzeitig abgewiesen wird. Es mag dahingestellt bleiben, ob nicht in der Tatsache, daß die Leistungspflicht des Schuldners hinausgeschoben wird,[2]) eine Hemmung des Anspruchs des Gläubigers liegt; jedenfalls kann der Gläubiger den reinen Leistungsanspruch gegen den Willen des Schuldners so lange nicht durchsetzen, als er nicht selbst durch Bewirkung der Gegenleistung den Einredegrund behoben hat.

Was aber die Klageabweisung als notwendige Einredewirkung anlangt, so müßte der Ansicht Endemanns ohne Zweifel beigestimmt werden, wenn man unter Einreden Gegenrechte versteht, die nur fähig und bestimmt sind, im Prozesse die Abweisung des erhobenen Anspruchs durchzusetzen.[3])

Allein die Geltendmachung der Einrede muß nicht notwendig zur Abweisung des Anspruchs führen; denn das Vorschützen einer Einrede ist nichts anderes als die Behauptung, „daß eine bestimmte Tatsache eine bestimmte Wirkung ausschließt, die ohne jene Tatsache bestehen würde".[4]) Welche Wirkung an Stelle der durch die Einrede ausgeschlossenen tritt, d. h. welche Wirkung die einzelne Einrede im Prozeß ausübt, ist für die rechtliche Natur eines derartigen Gegenrechtes belanglos. Je nach dem Zwecke und Inhalte der Einrede kann sie die Geltendmachung des erhobenen Anspruchs dauernd zerstören oder nur

---

[1]) vgl. §§ 222, 519, 770, 821, 853, 1166, 1973, 1989, 1990, 1992 mit 2145, 2187, 2318 f., 2328, 2014 B.G.B.

[2]) Schollmeyer, Erl. 3 zu § 273.

[3]) Endemann, § 88 Ziff. 2 b.

[4]) Hölder S. 406.

die gegenwärtige Geltendmachung bis zum Wegfalle des Einredegrundes hemmen oder auch den erhobenen Anspruch inhaltlich und qualitativ einschränken. Man denke nur an die Einrede der Gegenforderung nach § 293 der alten C.P.O.

Wenn Oertmann[1]) als ein Beispiel für letztere Wirkung des Einrederechtes die Herabsetzung der Vertragsstrafe gemäß § 343 B.G.B. heranzieht, so stellt er sich[2]) auf die Seite derjenigen,[3]) welche dem Schuldner zur Erzwingung der Herabsetzung der Vertragsstrafe nicht nur den Weg der Klage und Widerklage, sondern auch den der Einrede zugestehen. In diesem Sinne dürfte auch tatsächlich die hier weiter nicht interessierende Streitfrage zu entscheiden sein.

Übrigens erleichtert das Bürgerliche Gesetzbuch den Beweis, daß die Wirkung des erfolgreichen Einredevorbringens sich nicht in der endgültigen oder zeitweisen Klageabweisung erschöpft,[4]) durch minder strittige Beispiele.

Der Erbe kann sich nach § 1973 B.G.B. gegenüber der Klage des ausgeschlossenen Nachlaßgläubigers durch eine Einrede darauf berufen, daß er nur mit dem Nachlaßreste haftet. Das Vorschützen der Einrede führt hier nicht zur Abweisung der Klage, sondern zur Verurteilung unter Beschränkung der Zwangsvollstreckung in den Nachlaßrest.[5])

Das Gesetz kann also sehr wohl durch positive Vorschrift einer Einrede rechtsgestaltende Wirkung insofern beilegen, als durch ihr Vorschützen der Richter gezwungen wird, durch Urteil ein bis dahin nicht bestehendes Recht zu schaffen. Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt daher nicht nur Einreden, die einen Anspruch zerstören oder hemmen, sondern auch solche, die einen Anspruch mittelbar erzeugen.

Daß letztere Einreden trotz ihrer positiven Wirkung dem Schuldner das negative Recht gewähren, die Leistung zu verweigern, läßt sich auf dieselbe Art erklären, wie für die erstere Art von Einreden; denn hier wie dort gibt die Einrede dem Beklagten die rechtliche Macht, die

---

[1]) In der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 1. Jahrg. S. 13.

[2]) Im Gegensatz zu Planck, Erl. zu § 343.

[3]) Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2, 1 § 102 II Ziff. 2, Entsch. d. R.G. vom 1. 5. 1903 in J.W. 1903 Anh. S. 96.

[4]) Hellwig § 36 VI, auch Anm. 10.

[5]) Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 5 § 166 VI.

Geltendmachung des Klageanspruchs auszuschließen, und als Folge hieraus ergibt sich das Recht, die Leistung zu verweigern.[1]) Ob nun der Anspruch dadurch ausgeschlossen wird, daß derselbe abgewiesen oder mit dem Gegenrecht zu einem neuen Anspruch verschmolzen wird, ist gleichgültig.

III. Würde das Zurückbehaltungsrecht und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht unter das materielle Einrederecht zu subsumieren, sondern nur als Geltendmachung der bereits bestehenden Beschränkung des Klageanspruchs anzusehen sein, so müßte die wechselseitige Abhängigkeit von Amtswegen berücksichtigt werden; insbesondere müßte der nicht erschienene Beklagte im Versäumnisverfahren nach § 331 C.P.O. dann nur zur Zug um Zug Leistung verurteilt werden, wenn aus dem Klagevorbringen ersichtlich wäre, daß der Kläger einen durch die Existenz einer Gegenforderung materiell beschränkten Anspruch durchsetzen wolle.

Daß dies nicht der Fall ist, geht schon daraus hervor, daß die §§ 274 und 322 B.G.B. die Verurteilung zur Zug um Zug Leistung an die „Geltendmachung" des in § 273 bezw. 320 B.G.B. gewährleisteten „Rechtes" gegenüber der Leistungsklage knüpfen.[2])

IV. Eine weitere Folge von Endemanns Theorie wäre die Verpflichtung desdie Leistung beanspruchenden Klägers, zur Substanziierung seiner Klage den Nachweis zu erbringen, daß der Anspruch trotz seiner Entstehung aus einem gegenseitigen Vertrage nicht durch eine von ihm, dem Kläger, zu bewirkende Gegenleistung bedingt ist.

Im Urkundenprozeß z. B. müßte daher der Kläger durch Urkunden nach § 592 C.P.O. nachweisen, daß er entweder schon erfüllt habe oder erst in der Folge hierzu verpflichtet sei. Endemann[3]) nimmt auch tatsächlich an, daß dieser Nachweis notwendige Klagebedingung, nicht etwa Replik auf die Einrede des Beklagten sei, und kommt damit zu einem Resultate, das der Gesetzgeber ausdrücklich abgelehnt hat.[4])

Aus all dem ergibt sich, daß das Zurückbehaltungsrecht und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages im Bürgerlichen Gesetzbuch als

---

[1]) Endemann § 88 A. 25; A. A. Crome Bd. 1 § 36 Ziff. 1.

[2]) Endemann § 123 A. 14 zieht die entgegengesetzte Konsequenz selbst nicht.

[3]) § 125 A. 15.

[4]) Motive Bd. 2 S. 204.

wirkliche Einreden gedacht sind; denn das Gesetz kennt keine primäre Verpflichtung zur Zug um Zug Leistung, sondern nur eine durch die Einrede herbeigeführte Verurteilung zur Zug um Zug Leistung. Beide Gegenrechte lassen sich daher in Rücksicht auf ihren Charakter und ihre Wirkung mit dem Sammelnamen Einreden der Zug um Zug Leistung umfassen.[1])

3. Inhalt des Gegenrechtes.

§ 4.

Der Widerstreit der Meinungen über die Struktur der Einrede der Zug um Zug Leistung hat seinen tieferen Grund in der Divergenz der Ansichten über die rechtliche Natur des gegenseitigen Vertrages.

Endemann geht von dem Grundsatze aus, daß überall da, wo die Einrede der Zug um Zug Erfüllung gegeben ist, nur eine Austauschpflicht der gegenseitigen Erfüllungsleistungen besteht, und daß der einseitige Leistungsanspruch mehr fordert, als dem Kläger dem Rechte nach gebührt.[2])

Wäre dies richtig, so könnte der aus einem gegenseitigen Vertrage Berechtigte nie einen selbständigen Anspruch auf Leistung ohne Rücksicht auf die aus dem Synallagma sich ergebende Gegenverpflichtung erheben. Daß dem nicht so ist, erhellt deutlich in jenen Fällen, wo der um Leistung angegangene Schuldner, sei es aus Anstands-, Billigkeits- oder Geschäftsrücksichten, es für nicht angemessen hält, die Leistung zu verweigern und daher darauf verzichtet, das latente[3]) Gegenrecht in Wirkung zu setzen. Nach der gegnerischen Anschauung müßte hier der Schuldner zu einer Leistung verurteilt werden, die dem Kläger dem Rechte nach gar nicht gebührt. Sonderbare Rechtsprechung.

---

[1]) Gegen die Zusammenstellung beider Einreden wendet sich Crome Bd. 1 § 124 A. 10 m. E. mit Unrecht; denn sie verfolgen denselben wirtschaftlichen Zweck, beruhen auf derselben ratio legis und haben eine fast einheitliche Regelung im Gesetze erfahren; vgl. Ennecceruś Bd. 1 § 182 A. 2.

[2]) Genau betrachtet fordert, vom Standpunkt der Austauschtheorie aus, derjenige, welcher einseitige Erfüllung verlangt, nicht ein plus, sondern ein aliud, weil er einen Anspruch geltend macht, der ihm gar nicht zusteht. Die Folge hiervon wäre Klageabweisung.

[3]) Endemann § 88 A. 18.

Diesem Argument entzieht sich Endemann[1]) allerdings dadurch, daß er lehrt, durch den Nichtgebrauch der Einrede würde das gegenseitige Vertragsverhältnis in zwei selbständige Schuldverpflichtungen aufgelöst. Allein abgesehen davon, daß das, worauf der Kläger kein Recht hat, ihm auch nicht mit stillschweigender Zustimmung des Beklagten und noch weniger als Versäumnisfolge zugesprochen werden kann, würde Endemanns Ansicht voraussetzen, daß die Leistung und Gegenleistung vor dem Nichtgebrauch der Einrede unselbständig waren, daß die Gegenleistung nur als Minderung der Leistung in Betracht kommt.

Dies ist nicht der Fall. Leistung und Gegenleistung dienen dazu, um jeweils das wirtschaftliche Bedürfnis des einzelnen Vertragsteiles zu befriedigen. Die Intensität der Bedürfnisse bestimmt den Wert der für die Leistung bedungenen Gegenleistung. Das Vertragsinteresse des einen Teils richtet sich daher auf die Erfüllung des ihm gebührenden Anspruchs, nicht auf die Befriedigung seines Bedürfnisses minus Vergütung. Das, was er für die Leistung an ihn hingeben muß, ist lediglich das Entgelt für den Vermögenswert, dessen sich der Vertragsgegner entäußert, nicht aber eine Verkürzung des eigenen Leistungsanspruchs.

Die gegenseitigen Erfüllungspflichten sind demnach an sich vollvollkommen selbständig; ein Zusammenhang besteht nur insofern, als umgekehrt auch der Vertragsgegner, welcher ein ihm entbehrliches Gut gegen ein solches hingibt, für welches er ein Bedürfnis hat, ein Interesse an der Erfüllung der Gegenleistung, nicht aber an der Gegenleistung minus Leistung hat. Hier begegnen sich die beiderseitigen Vertragsinteressen; weil der eine Teil ein Bedürfnis auf Kosten des anderen befriedigt, kann der andere Teil hierfür das vereinbarte Äquivalent von seinem Gegner verlangen. Einseitiges Leistungsbegehren ist also[2]) kein Zuvielfordern, kein Begehren von mehr als dem Kläger gebührt, sondern ein Verstoß gegen die Absicht des Vertrages.

Dieser Gedanke fand schon in den Kommissionsberatungen[3]) Ausdruck, wo die Formulierung: „Jeder Kontrahent ist nur verpflichtet

---

[1]) § 125 A. 14.

[2]) Nach Windscheid § 321 A. 2.

[3]) vgl. oben S. 4 A. 1.

zur Leistung gegen Gegenleistung" als dem Willen des Gesetzes nicht entsprechend abgelehnt wurde. Zutreffend wird daher mit Windscheid daran festzuhalten sein, daß jeder Teil nur dann verpflichtet ist, seine Verbindlichkeit zu erfüllen, wenn auch der andere Teil sie erfüllt. Daraus ergibt sich die Folgerung, daß der Schuldner, welcher sich auf die Einrede der Zug um Zug Leistung beruft, sich nicht gegen den klägerischen Anspruch wendet, sondern gegen die einseitige Geltendmachung desselben; er lehnt die Leistung nicht ab, weil seine Verpflichtung aus dem Einredegrund ganz oder zeitweise entfallen ist, sondern weil der andere Teil die ihm obliegende Leistung auch nicht erfüllt.

4. Wirkung der Einrede.

§ 5.

Dem entspricht die Wirkung der Einrede auf den einredebehafteten Anspruch.[1])

I. Voraussetzung für den Eintritt der Wirkung ist die Geltendmachung der Einrede; solange der Schuldner gegen das einseitige Leistungsbegehren des Gläubigers nicht auf Grund der Einrede remonstriert, wird die Selbständigkeit der beiderseitigen Schuldverhältnisse nicht berührt. Verweigert daher der Schuldner die Leistung aus irgend einem anderen, die Weigerung nicht rechtfertigenden Grunde, dann hat er die Folgen des Schuldnerverzuges nach § 284 B.G.B. bis zu dem Zeitpunkte zu tragen, wo er sich auf sein Gegenrecht beruft;[2]) denn die Einrede der Zug um Zug Leistung untersteht wie die übrigen Einreden der Verfügungsmacht des Angegriffenen, dem die Rechtswohltaten des Gegenrechtes verloren gehen, wenn er von demselben keinen Gebrauch macht.

II. Wenn nun das Gegenrecht durch Geltendmachung in Kraft gesetzt ist, so hebt es die Leistungspflicht keineswegs auf, sondern

---

[1]) Außerhalb des Prozesses; über die prozessualen Folgen s. unten § 17 ff.

[2]) Deshalb genügt als Inhalt der Willenserklärung, durch welche die Einrede geltend gemacht werden soll, nicht die Erklärung, daß die Leistung verweigert wird; man muß vielmehr ersehen, warum die Leistung verweigert wird; s. Crome Bd. 1 § 36 A. 6.

suspendiert lediglich die Folgen der Nichtleistung. Der Grund hierfür liegt nicht darin, daß, wie die Austauschtheorie annimmt, der Schuldner von vornherein nur zur Leistung gegen Empfang der Gegenleistung verpflichtet ist; es ist hier vielmehr eine Urteilswirkung der Einrede, nämlich die materielle Beschränkung der Leistungspflicht, antizipiert auf die außergerichtlich abgegebene Einredeerklärung. Weil der Schuldner das Recht hat, vom Richter ein Urteil zu verlangen, dessen Vollstreckung durch das gleichzeitige Angebot der Gegenleistung bedingt ist, deswegen kann er schon vor dem auf Zug um Zug Erfüllung erkennenden Urteile die Erfüllung seiner Leistungspflicht abhängig machen von dem Angebote der Gegenleistung.

Das Recht des Schuldners auf judikatsmäßige Schaffung einer bis jetzt noch nicht bestehenden Austauschverbindlichkeit wirkt daher auf jenen Zeitpunkt zurück, wo der Schuldner erklärt, daß er die Leistung verweigere, wenn er nicht die Gegenleistung bekomme.

Den gleichen Standpunkt scheint auch Hölder[1]) zu vertreten, wenn er den Satz aufstellt: „Der gegenseitig verpflichtende Tatbestand begründet für jeden Teil die Forderung der fremden Leistung als eine solche, die nur dann auf die Forderung des Austausches der fremden Leistung gegen die eigene sich beschränkt, wenn der Verpflichtete die Vollziehung seiner Leistung ohne diesen Austausch verweigert". Ob daher Endemann[2]) auch Hölder zu den Anhängern seiner Theorie zählen kann, erscheint recht zweifelhaft.

III. Der den Ausführungen sub II an die Spitze gestellte Grundsatz, daß die Einrede der Zug um Zug Leistung die Folgen der Nichterfüllung aufhebt, findet seine hauptsächlichste Anwendung in der Lehre vom Verzug.

1. Macht der Schuldner gegenüber dem einseitigen Leistungsbegehren des Gläubigers die Einrede geltend, so kommt er, wenn er trotz Fälligkeit und Mahnung nicht leistet, dadurch nicht in Schuldnerverzug nach § 284 B.G.B.

Mehr als diese unbestrittene Rechtsfolge der Einrede hinsichtlich des Leistungsverzuges, interessiert der Einfluß, den die Geltendmachung der Einrede auf die Gegenleistung ausübt; mit anderen Worten,

---

[1]) Vorbemerkung VII zu § 194 S. 408.
[2]) § 88 A. 4.

kommt der Gläubiger durch das Vorschützen der Einrede seitens des Schuldners in Schuldnerverzug hinsichtlich der ihm obliegenden Gegenleistung? Bei der Beantwortung dieser Frage ist davon auszugehen, daß § 284 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. die Einrede für das Gebiet der Verzugslehre der Klage nicht gleichstellt. Durch den Gebrauch der Einrede, durch welche ja der Gegenanspruch nicht selbständig geltend gemacht wird, sondern nur unter der Voraussetzung, daß der Gegner mit seinem Leistungsanspruch durchdringe, wird der Gläubiger nicht an den Vollzug der Gegenleistung gemahnt; die Einrede enthält vielmehr die Erklärung, daß der Gegenanspruch verlangt wird, wenn der Gläubiger auf dem einseitigen Leistungsbegehren bestehe. Dadurch erfährt in der Mehrzahl der Fälle der Gläubiger erst, daß der Schuldner seine Gegenforderung nicht selbständig verfolgen, sondern die Leistung von der Bewirkung der Gegenleistung abhängig machen wolle. Wenn daher der Gläubiger das Angebot vor oder bei der Geltendmachung der Einrede unterläßt, so hat er diesen Umstand in der Regel nicht zu vertreten und wird von § 285 B.G.B. gedeckt; denn „von freien Stücken braucht der Gläubiger die geschuldete Gegenleistung niemals anzubieten".[1]) Der Leistungsverzug des Gläubigers wird daher erst dann eintreten, wenn er trotz Vorschützens der Einrede der Zug um Zug Erfüllung seitens des leistungsbereiten Schuldners die von diesem verlangte Gegenleistung nicht vollzieht.

3. Wie in der Einrede der Zug um Zug Leistung keine Mahnung des Vertragsgegners zur Bewirkung der Gegenleistung liegt, ebensowenig enthält die Einrede ein Angebot der Leistung. Nicht schon dann, wenn die Leistung auf Grund der Einrede verweigert wird,[2]) gerät daher der die Leistung begehrende Gläubiger in Annahmeverzug, sondern erst dann, wenn ihm die Leistung realiter offeriert worden ist.

Zu einem tatsächlichen Angebot der Leistung ist aber der Schuldner kraft der von ihm vorgeschützten Einrede nur dann gehalten, wenn auch der Vertragsgegner sich zu einem gleichzeitigen Angebot der vom Schuldner verlangten Gegenleistung versteht. Der Gläubiger hätte es also in seinen Händen, den Schuldner, welcher an dem Annahmeverzug

---

[1]) Schollmeyer § 298 Erl. 2 c.

[2]) vgl. Oertmann Erl. 4 zu § 273; Planck Erl. 1 Abs. 2 zu § 273.

des Gläubigers im Hinblick auf die §§ 300 ff. B.G.B. ein wesentliches Interesse hat, durch Verweigerung des Gegenangebots zu zwingen, entweder durch unbedingtes Angebot auf die Einredewirkung oder durch Unterlassen des Angebots auf den Annahmeverzug des Gläubigers zu verzichten. Dies widerspräche jedoch dem Wesen der Zug um Zug Erfüllung; dem Gläubiger darf dadurch, daß er hinsichtlich der Gegenleistung in Schuldnerverzug geraten ist, kein Vorteil erwachsen. Der Annahmeverzug des Gläubigers muß daher[1]) auch dann eintreten, wenn er trotz Vorschützens der Einrede der Zug um Zug Erfüllung seitens des die Leistung anbietenden Schuldners die von diesem verlangte Gegenleistung nicht anbietet. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat dies in § 298 ausdrücklich anerkannt.

Eine Vergleichung dieses Resultates mit dem Ergebnisse der Untersuchung über den Schuldnerverzug des Gläubigers führt zu der Schlußfolgerung, daß derselbe Tatbestand, welcher den einen Teil in Schuldnerverzug versetzt, auch den Annahmeverzug desselben im Gefolge hat.[2])

4. Diese Gestaltung der Einredewirkung auf den Verzug läßt deutlich die Prinzipien ersehen, auf welche der Gesetzgeber die Lehre von der Zug um Zug Erfüllung aufbaute. Von grundlegender Bedeutung ist insbesondere der Wortlaut des § 298 B.G.B., welcher bestimmt: Ist der Schuldner nur gegen eine Leistung des Gläubigers zu leisten verpflichtet, so kommt der Gläubiger in Verzug, wenn er zwar die angebotene Leistung anzunehmen bereit ist, die verlangte Gegenleistung aber nicht anbietet. Das Gesetz interpretiert hier selbst den Begriff der Leistungspflicht des Schuldners gegen eine Leistung des Gläubigers; das Bestehen gegenseitiger Ansprüche soll nämlich nicht ipso iure ein Abhängigkeitsverhältnis, das Austauschverlangen schaffen, sondern erst der Geltendmachung, dem „Verlangen" der Gegenleistung, soll diese Wirkung zukommen. Durch argumentum e contrario ergibt sich der Schluß, daß es auch eine Leistung gegen Gegenleistung gibt, bei welcher die Nichtbewirkung der Gegenleistung den Annahmeverzug hinsichtlich der Leistung nicht im Gefolge hat; das ist dann der Fall, wenn die Gegenleistung nicht verlangt wird.

---

[1]) Selbst wenn er zur Entgegennahme der Gegenleistung bereit wäre.

[2]) vgl. Dernburg, Bürg. Recht, Bd. 2, 1 § 74 III.

Das Bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet also selbst gegenseitige Schuldverhältnisse, bei welchen die Gegenleistung geltend gemacht und solche, bei denen sie nicht beansprucht wurde; dadurch wird die Existenz der gegenseitigen Ansprüche in zwei durch die Willenserklärung eines der Beteiligten getrennte Stadien zerlegt, deren charakteristisches Unterscheidungszeichen auf der einen Seite die Selbständigkeit, auf der anderen aber die gegenseitige Abhängigkeit der einzelnen Schuldverhältnisse bildet.[1])

5. Bis jetzt war lediglich von der Wirkung der Einrede auf den Verzug die Rede; welchen Einfluß umgekehrt der Verzug auf die Einrede ausübt, braucht an dieser Stelle nicht erörtert zu werden, weil der Verzug das Gegenrecht erst im Vollstreckungsverfahren berührt[2]) und in der Lehre von den Prozeßkosten noch eine Besprechung erfordert.[3])

5. Umfang der Einrede.

a) In zeitlicher Beziehung.

α) Entstehung.

§ 6.

Der Zeitpunkt der Entstehung der Einrede der Zug um Zug Leistung ist scharf zu scheiden von dem Momente des Inkrafttretens dieser Einrede.

Die Entstehung der Einrede trifft, vorausgesetzt, daß sich aus dem Schuldverhältnisse nichts anderes ergibt, zeitlich zusammen mit dem Eintritte der Fälligkeit des Gegenanspruchs. Dieser für das Zurückbehaltungsrecht gesetzlich festgelegte Satz gilt auch für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages; denn wenn in letzterem Falle der Gegenanspruch im Zeitpunkte der Geltendmachung des fälligen Anspruchs

[1]) Nach Endemanns Theorie wäre konsequenter Weise kein Platz für die Vorschrift des § 298 B.G.B.; dann besteht primär nur eine Austauschpflicht, dann kann die Leistung ohnehin nur gegen das Angebot der Gegenleistung verlangt werden; dann würde also das Leistungsverlangen ohne Angebot der Gegenleistung auch dann Verzug im Gefolge haben, wenn der Berechtigte diese gar nicht verlangt; dieses unpraktische Resultat lehnt aber Endemann § 139 A. 12 selbst ab.

[2]) Eine Ausnahme von diesem Satze bildet die Vorschrift des § 615 B.G.B., wonach der in Annahmeverzug geratene Dienstberechtigte die Einrede verliert.

[3]) vgl. unten §§ 23 und 24.

noch nicht fällig ist, dann ist der eine Vertragsteil zur Vorleistung verpflichtet, und es kann von der Einrede der Zug um Zug Leistung nicht die Rede sein.

Fälligkeit ist hier in dem Sinne gebraucht, daß der klagbaren Geltendmachung des Anspruchs keine suspensive Betagung oder Bedingung noch eine Einrede entgegensteht. Die Motive[1]) gehen allerdings von dem Grundsatze aus, daß der Umstand, daß der Retentionsberechtigte seinen Anspruch auch mittels Klage verfolgen kann, für die Zulässigkeit des Retentionsrechtes irrelevant sei; allein es ist nicht abzusehen, warum einem Anspruche aus Spiel, Wette oder auf Ehemäklerlohn jeder Zwang zur Erfüllung bloß dann versagt sein soll, wenn derselbe selbständig geltend gemacht wird.

Wenn Schollmeyer[2]) zur Begründung seiner allerdings auf die Verjährung beschränkten gegenteiligen Ansicht auf § 390 Satz 1 B.G.B. verweist, so kann diesem Argument durchschlagende Beweiskraft nicht beigelegt werden; denn die erwähnte Gesetzesstelle ist nur ein Anwendungsfall des Prinzips, daß die aktive Geltendmachung von Ansprüchen, welche durch das Bestehen einer Einrede gehemmt sind, nicht nur im Wege der Klage, sondern auch im Wege der Aufrechnung ausgeschlossen ist. Derselbe Grundsatz muß natürlich, auch wenn derselbe im Gesetze nicht ausdrücklich anerkannt ist, für die Einrede der Zug um Zug Erfüllung insoweit gelten, als diese die negative Wirkung der Einrede verläßt und in eine positive Anspruchverfolgerung übergeht.[3])

Auch beim gegenseitigen Vertrage ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, daß der Anspruch zu einem anderen Zeitpunkte seine Klagbarkeit durch Verjährung verliert als der Gegenanspruch. Wird in einem solchen Falle von dem einen Teile trotz der Verjährung des Gegenanspruchs die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegen den Anspruch geltend gemacht, dann kann sich der andere Teil auf die Verjährung des Gegenanspruches berufen und dadurch die Durchsetzung desselben vereiteln. Dies hat zur Folge, daß der Schuldner zur Leistung schlechthin, nicht zur Zug um Zug Erfüllung zu verurteilen ist.[4]).

[1]) Bd. 2 S. 42.

[2]) § 273 Erl. 2 a.

[3]) Planck § 273 Erl. 2 aα; Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2, 1 § 57 2 2; a. A. Staudinger § 273 Erl. 4.

[4]) Zu einem anderen Resultate dürften die Anhänger der Austauschtheorie kommen; denn wenn beide Schuldverhältnisse nicht selbständig sind, sondern nur in

Die Entstehung der Einrede der Zug um Zug Leistung setzt also Klagbarkeit der beiderseitigen Ansprüche voraus.

Gilt dies auch für die Pfändbarkeit der Forderungen? Diese Frage wurde hinsichtlich des Zurückbehaltungsrechtes an der Lohnforderung von Arbeitern in der Rechtsprechung vereinzelt unter Berufung auf die Gesetzesanalogie des § 394 B.G.B. [1]) und mit Rücksicht auf sozialpolitische Erwägungen bejaht, fand aber in der Literatur keine Zustimmung [2]).

Es geht auch tatsächlich die Judikatur zu weit, wenn sie aus einem konkreten Falle [3]) die Regel abstrahiert, daß die Einrede der Zug um Zug Erfüllung nicht gegeben ist, wenn sie einen Erfolg herbeiführt, der in einem anderen Rechtsinstitute aus Billigkeitserwägungen vermieden wird; die Gründe, die den Gesetzgeber veranlaßten, die Aufrechnung gegen unpfändbare Forderungen auszuschließen, treffen für die Einrede der Zug um Zug Leistung nicht zu. Während nämlich die Aufrechnung eine außergerichtliche Vollstreckungshandlung des Gläubigers ist und zur Zerstörung der beiden, sich gegenüberstehenden Forderungen führt, bezweckt die Einrede der Zug um Zug Leistung gerade ihre Aufrechterhaltung bis zum Momente der wechselseitigen Befriedigung, indem sie die einseitige, wider Willen des Vertragsgegners durchgeführte Befriedigung des einen Teils ausschließt.

Die Verschiedenheit beider Rechtsinstitute ist daher trotz ihrer Verwandtschaft zu groß, als daß man die Bestimmungen über das eine entsprechend auf das andere anwenden könnte. Die Einrede der Zug um Zug Leistung ist also auch gegenüber unpfändbaren Forderungen anwendbar, und zwar gilt dies für beide Unterarten der Einrede [4]);

---

einer Austauschverpflichtung bestehen, dann kann die Verjährung nur eine einheitliche sein. Wer daher aus einem gegenseitigen Vertrage Erfüllung seines Anspruchs verlangt, begehrt auch dann mehr als ihm gebührt, wenn er seinerseits die Gegenleistung wegen Verjährung verweigern kann.

[1]) Dieser schließt die Aufrechnung gegenüber unpfändbaren Forderungen aus.

[2]) Pappenheim in der deutschen Juristenzeitung, Jahrgang 1902 S. 86 ff.

[3]) Wo sowohl die pfändbare, wie die unpfändbare Forderung auf eine Geldleistung geht.

[4]) Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2, 1 § 59 II begründet die Zulässigkeit der Einrede des Zurückbehaltungsrechtes mit dem Hinweise auf die innerlich zusammengehörenden Ansprüche; dieses Argument gilt natürlich in viel höherem Maße für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages.

denn auch bei dem gegenseitigen Vertrage ist der Fall sehr wohl denkbar, daß die eine der beiden Forderungen dem Zugriffe des Gläubigers durch Pfändung entzogen ist. Z. B. ein Student erhält gegen die Verpflichtung, die Beschäftigung und Arbeiten eines Mittelschülers zu überwachen, freie Mittags- und Abendkost auf die Dauer eines Semesters eingeräumt; letzterer Anspruch ist nach § 399 B.G.B. unpfändbar. Trotzdem kann die Verköstigung verweigert werden, wenn der Student seinen Obliegenheiten nicht nachkommt.

Sind die Voraussetzungen für die Entstehung der Einrede der Zug um Zug Leistung gegeben, dann hängt es von dem durch dieses Gegenrecht Geschützten ab, die Einrede in Kraft zu setzen; dies geschieht nicht schon dadurch, daß sich der Schuldner weigert, den einredebehafteten Anspruch zu vollziehen, sondern erst durch Geltendmachung der Einrede im Prozesse; denn die Einrede bezweckt die Herbeiführung eines richterlichen Ausspruches, „die Schaffung einer Rechtswirkung durch Richterspruch[1])"; sie ist also eine Prozeßhandlung, die der Richter nur dann berücksichtigen darf, wenn sie sich wirklich vor seinem Forum abgespielt hat.[2]) Diese nicht unbestrittenen Sätze gelten, wenn nicht für die übrigen Einreden, so doch für die Einrede der Zug um Zug Leistung; denn hier wird die Verpflichtung der Zug um Zug Erfüllung nicht schon durch die außergerichtliche Geltendmachung der Einrede geschaffen, sondern erst durch das von der Einrede provozierte Urteil. Das schließt natürlich keineswegs aus, daß das dem Rechte des Gläubigers gegenübergestellte Gegenrecht auch außerhalb des Prozesses schon weitgehende Wirkungen äußert.[3])

β) Endigung.

§ 7.

I. Wie das Klagerecht konsumiert wird durch das auf die Klageerhebung ergangene Urteil[4]), so erlischt auch die Einrede der Zug um Zug Leistung mit dem richterlichen Erkenntnisse, daß der Schuldner

---

[1]) Endemann § 88 A. 36.
[2]) Motive Bd. 1 S. 360.
[3]) Siehe oben § 5.
[4]) vgl. Hellwig, Lehrb. § 26 II.

gegen Empfang der Gegenleistung zu erfüllen habe; sie wird *ersetzt* durch das *rechtsgestaltende* Urteil.

Für das Klagerecht mag dies streitig sein[1]); hinsichtlich der Einrede der Zug um Zug Leistung dürften sich etwaige Zweifel aber leicht durch den Hinweis auf den rechtlichen Charakter der Einrede beheben lassen; denn der Schuldner kann dem Rechte des Gläubigers auf Leistung sein Gegenrecht auf ein Austauschurteil nur so lange entgegensetzen, als nicht durch Urteil an Stelle seiner Leistungspflicht die gegenseitige Austauschpflicht gesetzt wurde. Ist dies aber geschehen, dann wäre eine wiederholte Geltendmachung des Einrederechtes widersinnig, weil der Schuldner damit etwas ansprechen würde, was er schon längst hat. „Mit der Rechtskraft des Urteils ist das Recht auf Änderung realisiert, also untergegangen[2]).

II. 1. Einen weiteren Erlöschungsgrund bildet die *Nichtausübung im Prozesse*; wenn der auf die Leistung in Anspruch genommene Schuldner sich gegenüber der Klage des Gläubigers nicht auf die Einrede der Zug um Zug Erfüllung beruft, dann wird er gegenüber dem auf Leistung lautenden Urteil mit der Einrede nicht mehr gehört, er muß vielmehr zur Geltendmachung der Gegenleistung eine neue, selbständige Klage gegen den Gläubiger anstrengen. Hier ist also die *Einrede* erloschen, während der *Anspruch* einredefrei weiterlebt. Das hindert den Schuldner selbstverständlich nicht, die Einrede der Zug um Zug Leistung auch gegenüber dem rechtskräftigen Leistungsurteil im Wege der Klage nach § 767 C.P.O. geltend zu machen, wenn der Gegenanspruch erst nach dem Schlusse der Verhandlung erwachsen ist, in welcher Einwendungen spätestens hätten vorgebracht werden können.

2. Verwandt mit diesem Erlöschungsgrund ist der vertragsgemäße *Verzicht* auf die Einrede und die nachträgliche *Vereinbarung der Vorleistung* des einen Teiles, z. B. Stundung der einen Leistung. An der Zulässigkeit derartiger, die Aufhebung der Einrede bezweckender Verträge ist ebensowenig zu zweifeln, wie an der Statthaftigkeit von Vereinbarungen, durch die die Einrede der Zug um Zug

---

[1]) Die Motive Bd. 1 S. 363, 369 lehnen eine Stellungnahme zu diesen Fragen ab.

[2]) *Hellwig*, Lehrb. § 9 II Ziff. 3.

Leistung für jene Fälle geschaffen wird, wo sie sonst nicht gegeben wäre.[1])

3. Unter diese Art von Endigungsgründen gehört endlich die freiwillige, ohne Rücksicht auf die Gegenleistung betätigte Leistung, welcher die Herausgabe des Retentionsgegenstandes gleichsteht. Das Motiv der Leistung ist gleichgültig; auch wenn dieselbe unter der irrigen Annahme erfolgte, die Gegenleistung sei bereits vollzogen worden, kann das Geleistete zum Zwecke der Geltendmachung des Einrederechtes nicht mehr zurückgefordert werden; dazu bietet weder § 861 noch § 813 B.G.B. eine Handhabe.[2])

III. Während das konstitutive Urteil Anspruch und Einrede aufhebt und die sub II besprochene Gruppe von Endigungsgründen lediglich die Einrede zerstört, wird in den nachfolgenden Fällen primär der Anspruch hinfällig.

1. Gleichwie ein verjährter Anspruch die Einrede der Zug um Zug Leistung nicht begründen kann,[3]) ebensowenig vermag er von dem Zeitpunkte des Eintritts der Verjährung an die Fortdauer der Einrede zu bewirken; denn in der Einrede liegt nicht so fest die Regierung des Gegenanspruchs als vielmehr die Geltendmachung des eigenen; ein verjährter kann aber nicht mehr geltend gemacht werden.

Schwierigkeiten wurden in diese Frage erst dadurch hineingetragen, daß man die Verjährung des Anspruchs mit der Verjährung der Einrede identifizierte. Unbedenklich kann Dernburg[4]) zugegeben werden, daß die Einreden im allgemeinen nicht verjähren; allein die Ausnahmestellung der Einrede der Zug um Zug Leistung, welche nicht nur den Tatbestand eines Gegenrechtes, sondern auch den eines Anspruches in sich vereinigt, führt, wenn der Anspruch verjährt, praktisch zu demselben Resultate,

---

[1]) vgl. R. G. Entsch. Bd. 51 S. 83, wo es sich um die Einräumung eines obligatorischen Zurückbehaltungsrechtes an einer Lebensversicherungspolice handelt.

[2]) Würde die Austauschtheorie unser geltendes Recht beherrschen, so würde derjenige, welcher in der irrigen Voraussetzung, daß sein Vertragsgegner bereits geleistet habe, seinerseits die ihm obliegende Leistung betätigt, etwas leisten, was er gar nicht schuldet; er könnte also das Geleistete mit der condictio indebiti zurückverlangen. Zu diesem von der herrschenden Lehre bekämpften Schlusse gelangt Windscheid § 321 A. 10a.

[3]) vgl. oben § 6.

[4]) Bürgerliches Recht Bd. 1 § 182 VI.

als wenn die Einrede verjährt werde. Die Motive[1]) scheinen anderer Ansicht zu sein; denn sie begründen die Unverjährbarkeit der Einrede der Zug um Zug Erfüllung mit der Selbständigkeit dieses Gegenrechtes. Dem kann nicht beigepflichtet werden. Eben weil die erwähnte Einrede rechtsgestaltende Wirkung hat und nicht lediglich der Verteidigung dient, ist sie innig verwachsen mit dem ihr zugrunde liegenden Anspruche; mit ihm steht und fällt sie. Ist daher die aktive Geltendmachung des Anspruchs ausgeschlossen, dann ist auch kein Raum mehr für die Einrede; die gegenteilige Ansicht würde zu dem praktisch sonderbaren Resultate führen, daß der Beklagte den Kläger durch die Einrede indirekt zu einer Leistung zwingen könnte, zu deren Herbeiführung das Gesetz den Weg der Klage versagt.[2])

2. Von einschneidender Bedeutung für die Einrede der Zug um Zug Erfüllung ist die nachträglich eintretende Unmöglichkeit der einen Leistung; und zwar ist die Wirkung eine verschiedene, je nachdem es sich um die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes oder die des nicht erfüllten Vertrages handelt.

a) Bei letzterer ist zu unterscheiden, aus welchen Gründen die Gegenleistung nicht oder nicht vertragsmäßig vollzogen werden kann.

α) Liegt der Grund in beiderseits unverschuldeter Unmöglichkeit der Gegenleistung, so entfällt die Leistungspflicht nach § 323 B.G.B. kraft Rechtens; das Gericht hat daher diese Unmöglichkeit von Amtswegen zu berücksichtigen und die Leistungsklage nach erfolgter Feststellung der Unmöglichkeit der Gegenleistung abzuweisen, gleichgültig, ob das Vorbringen des Klägers oder das des Beklagten jene Feststellung ermöglichte.

Hier wird also die Einrede der Zug um Zug Leistung überflüssig, es sei denn, daß der andere Teil statt der unmöglich gewordenen Leistung gemäß § 323 Abs. 2 in Verbindung mit § 281 B.G.B. Herausgabe des für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes verlangt, oder daß von keiner Seite die Unmöglichkeit der Gegenleistung zur Sprache gebracht wurde; denn in letzterem Falle kommt der Schuldner durch die Geltendmachung der Einrede praktisch zu demselben Resultate, weil der Gläubiger dann nur ein auf Leistung gegen

---

[1]) Bd. 1 S. 291.

[2]) Hellwig § 36 A. 7.

Empfang der Gegenleistung lautendes Erkenntnis erwirkt, das er niemals vollstrecken lassen kann, da er die unmögliche Gegenleistung zu betätigen nicht imstande ist.

β) Wird die Gegenleistung unmöglich infolge eines Umstandes, den der Schuldner zu vertreten hat, so behält der Gläubiger den Anspruch auf Leistung, während der Gegenanspruch entfällt. Natürlich endigt mit dessen Untergang auch die Einrede. (§ 324 B.G.B.)

γ) Wenn die Unmöglichkeit der Gegenleistung auf einem Verschulden des Gläubigers beruht, dann hat der Schuldner unter den Voraussetzungen der §§ 325 f. B.G.B. die Wahl zwischen Rücktritt und Schadensersatz; entschließt sich der Schuldner für letzteren, dann fragt es sich, ob sich die Einrede der Zug um Zug Leistung auch auf den Schadensersatzanspruch erstreckt oder nicht. Diese Frage beantwortet sich verschieden, je nachdem man in dem Ersatze des Schadens ein Surrogat der unmöglich gewordenen Leistung sieht und im übrigen den Vertrag bestehen läßt oder den ganzen Vertrag als nicht erfüllt betrachtet und als Schadensersatz ein durch den Ausfall beider Leistungen bestimmtes Entgelt gewährt;[1]) in ersterem Falle hat der andere Teil das Erfüllungsinteresse anzusprechen, letzteren Falls aber die Differenz, „welche sich aus der Vergleichung des Zustandes, der bei ordnungsgemäßer beiderseitiger Erfüllung des Vertrages eingetreten wäre, mit dem Zustande ergibt, der infolge beiderseitiger Nichterfüllung eingetreten ist.“[2]) Jedenfalls wird die Erreichung des Vertragszieles, einen Austausch von Leistungen zu bewirken, durch die Unmöglichkeit der einen Leistung vereitelt; allein wenn auch die Absicht des Vertrages nicht mehr erreicht werden kann, so bleibt doch in der Regel das Interesse des Forderungsberechtigten an dem Surrogate der unmöglich gewordenen Leistung, d. i. an dem Schadensersatz in Geld ebenso bestehen, wie derselbe ein Interesse daran haben kann, daß die von ihm geschuldete Leistung ihm abgenommen werde. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts,[3]) wonach auch die möglich gebliebene Leistung entfällt, dürfte daher in solchen Fällen für den einen Teil eine vom Gesetze nicht gewollte Härte enthalten; umgekehrt widerstreitet aber die unter

---

[1]) vgl. Tuhr in der Deutschen Juristenzeitung, Jahrgang 1904 S. 759.
[2]) Planck § 325 Erl. 1 a.
[3]) Entsch. Bd. 50 S. 263.

anderen auch von Schollmeyer[1]) vertretene Ansicht, der ganze Vertrag bleibe unverändert bestehen, dem Wesen des synallagmatischen Kontraktes. Es ist vielmehr anzunehmen, daß die gegenseitigen Schuldverhältnisse durch die Unmöglichkeit der einen Leistung den Charakter der Zusammengehörigkeit verlieren, im übrigen aber in der ursprünglichen bezw. durch Surrogation geschaffenen Form selbständig bestehen bleiben.

Der Anspruch auf die möglich bleibende Leistung wird also durch die Unmöglichkeit der Gegenleistung nicht berührt, während an Stelle der unmöglich gewordenen der Anspruch auf Ersatz des Schadens tritt, wie er in § 280 Abs. 1 B.G.B. dem Gläubiger gegen den Schuldner gegeben ist, der die Unmöglichkeit der von ihm geschuldeten Leistung zu vertreten hat.

Trotz der Lösung des synallagmatischen Verbandes steht indessen beiden Teilen die Einrede der Zug um Zug Leistung zu, aber nicht in der Form der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, sondern auf Grund des § 273 B.G.B.[2]) Es handelt sich hier nämlich nicht mehr um „Verpflichtungen aus einem gegenseitigen Vertrage", sondern um Verpflichtungen, welche auf demselben Rechtsverhältnisse beruhen; denn nicht aus dem Vertrage erwächst die Verpflichtung zum Schadensersatz, sondern aus der schuldhaften Nichterfüllung des Vertrages.

δ) Diese Grundsätze finden entsprechende Anwendung auf die teilweise Unmöglichkeit der einen Leistung; auch hier ist für die Fortdauer bezw. den Untergang der Einrede der Umstand maßgebend, welchen der beiden Kontrahenten ein Verschulden an der teilweisen Unmöglichkeit trifft.

Wenn diese von keinem derselben zu vertreten ist, dann mindert sich die Leistungspflicht im Verhältnis zu der unmöglich gewordenen Gegenleistung.[3]) Dies geschieht kraft Gesetzes; geht also aus dem Klage- bezw. Einredevorbringen die teilweise Unmöglichkeit der Gegenleistung hervor, so hat, auch wenn sich die Parteien auf die Unmöglichkeit nicht berufen, das Urteil nicht auf die ursprüngliche Leistung gegen Empfang der Gegenleistung zu lauten, sondern auf die entsprechend

---

[1]) § 325 Erl. 2.
[2]) A. A. Planck § 325 Erl. 1 a.
[3]) § 323 Abs. 1 Halbsatz 2 B.G.B.

reduzierte Leistung gegen den Empfang der möglich bleibenden Gegenleistung.

Hat der Schuldner die teilweise Unmöglichkeit der ihm gebührenden Gegenleistung zu vertreten, so ändert dies zwar an seiner Leistungspflicht nichts; aber er kann selbstverständlich, wenn die Gegenleistung wegen teilweiser Unmöglichkeit nicht in dem geschuldeten Umfang betätigt wird, gegen die ungenügende Erfüllung nicht die Einrede der Zug um Zug Leistung vorschützen; dagegen steht ihm die Einrede zu, wenn der möglich bleibende Teil der Gegenleistung nicht vollzogen wird.

Liegt endlich das Verschulden einer teilweisen Unmöglichkeit der Gegenleistung auf Seite des Gläubigers, dann kann der Schuldner, wenn er das Interesse an der Teilleistung nicht verloren hat, Anspruch und Einrede hinsichtlich des möglich bleibenden Teiles der Gegenleistung geltend machen, bleibt aber dann auch zur Leistung verpflichtet; hat jedoch die teilweise Erfüllung des Vertrages kein Interesse mehr für ihn, so kann er Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangen oder zurücktreten; hierüber gilt das oben sub γ Gesagte.

b) Welche Wirkungen die Unmöglichkeit der einen Leistung auf die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes ausübt, ist nicht unbestritten.

Wenn die Motive Bd. 2 S. 43 den Grundsatz aufstellen, daß das Retentionsrecht mit dem tatsächlichen, wenn auch unfreiwilligen Aufhören der Innehabung erlischt, so denken sie offenbar nur an das Zurückbehaltungsrecht an körperlichen Sachen, nicht aber an das Zurückbehaltungsrecht hinsichtlich geschuldeter Handlungen, auf welche der Begriff „Innehabung" nicht anwendbar ist; hiergegen lehrt Schollmeyer,[1]) daß die Einrede durch den Verlust der Innehabung nicht verloren geht, wenn das Retentionsrecht in der Befugnis zur Verweigerung der geschuldeten Leistung besteht.

Allein das entscheidende Merkmal für die Wirkung der Unmöglichkeit der einen Leistung dürfte nicht in dem Gegenstande des Zurückbehaltungsrechtes, ob Verweigerung der geschuldeten Leistung oder Retention eines Gegenstandes, zu suchen sein, sondern, wie beim gegen-

[1]) § 273 Erl. 5.

seitigen Vertrage, in dem Umstande, wer von den Beteiligten die Unmöglichkeit zu vertreten hat.

α) Wird die eine Leistung unmöglich, ohne daß einen derselben die Schuld hieran trifft, so wird der Schuldner nach § 275 B.G.B. von der Leistungspflicht frei; während aber beim gegenseitigen Vertrage dann auch der Gegenanspruch entfällt, bleibt dieser hier bestehen. Es liegt aber kein konnexes Schuldverhältnis mehr vor, sondern ein rein einseitiges, das für die Einrede der Zug um Zug Erfüllung keinen Raum läßt.

β) Beruht jedoch die Unmöglichkeit der einen Leistung auf dem Verschulden einer Partei, so hat diese dem anderen Teile gemäß § 280 B.G.B. den durch die Nichterfüllung entstandenen Schaden zu ersetzen. Dieser tritt an Stelle der entfallenen Leistung. Die Konnexität der beiderseitigen Schuldverhältnisse bleibt hier gewahrt und mit ihr die Einrede der Zug um Zug Erfüllung.

Das Gleiche gilt für den Fall, daß der Schuldner infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich machte, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder Ersatzanspruch erlangt und der Gläubiger an Stelle der unmöglich gewordenen Leistung Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruches verlangt.[1])

γ) Mit diesen Erlöschungsgründen darf der Fall nicht verwechselt werden, wo die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes ohne Erlöschen der Einrede faktisch unmöglich wird. Dieser trifft dann zu, wenn der Herausgabeberechtigte auf irgend eine Weise in den Besitz des herauszugebenden Gegenstandes gelangt ist; denn dann kann letzterer begrifflich nicht mehr vom Schuldner retiniert werden. Von den oben besprochenen Endigungsgründen unterscheidet sich aber dieser Fall dadurch, daß das Einrederecht nicht erlischt, sondern mit der Wiedererlangung des Besitzes seitens des Retentionsberechtigten sofort wieder auflebt.

Es kann daher für den Schuldner von größter, praktischer Bedeutung sein, den verlorenen Besitz an dem Gegenstande des Zurückbehaltungsrechtes wiederzuerlangen; allein nach der herrschenden Meinung[2]) ist ihm ein Rechtsschutz zur Herbeiführung dieses Erfolges versagt.

---

[1]) § 281 B.G.B.

[2]) Endemann § 126 A. 10; Schollmeyer § 273 Erl. 5; Motive Bd. 2 S. 43.

Dies dürfte zwar im allgemeinen zutreffen, nicht aber dann, wenn dem Retinenten der Besitz durch verbotene Eigenmacht zu Verlust gegangen ist. Derjenige, welcher die Herausgabe eines Gegenstandes verweigern kann, wird durch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes Nutzbesitzer des zurückbehaltenen Gegenstandes,[1]) sein Verhältnis zum Gläubiger ist das des unmittelbaren Besitzers zum mittelbaren Besitzer; wird daher dem Retinenten der Besitz des Gegenstandes durch verbotene Eigenmacht entzogen, so kann er nach § 861 B.G.B. durch die Spolienklage die Wiedereinräumung des Besitzes von demjenigen verlangen, welcher ihm gegenüber fehlerhaft besitzt, gleichgültig, ob dieser ein Dritter oder der Eigentümer des Gegenstandes ist.[2])

Insbesondere kann sich der Eigentümer der Klage gegenüber nicht auf sein Eigentum berufen.[3])

b) In persönlicher Hinsicht.

α) Zession.

§ 8.

I. Die Einrede der Zug um Zug Erfüllung ist ein persönliches, kein dingliches Recht; sie wirkt nicht gegen Dritte, sondern nur unter den ursprünglichen Beteiligten und ihren Rechtsnachfolgern. Schollmeyer[4]) zieht zwar aus dem Umstande, daß der Zessionar des Gläubigers nicht Schuldner der Gegenforderung sei, die Folgerung, daß die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes dem Singularsukzessor des Gläubigers nur dann entgegengesetzt werden könne, wenn dieser zugleich Schuldner der Gegenforderung geworden sei. Dieser Ansicht müßten diejenigen beipflichten,[5]) welche die Einrede der Zug um Zug Leistung nicht als wahre Einrede gelten lassen wollen; denn wenn der Gläubiger A lediglich die Forderung an C abgetreten hat, für die Gegenforderung aber nach wie vor dem Schuldner B haftet, dann ist

---

[1]) Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 3 § 13 Ziff. 1 b.
[2]) Dernburg a. a. O. § 24 Ziff. 2 und 4.
[3]) § 863 B.G.B.; Protokolle Bd. 3 S. 359.
[4]) § 273 Erl. 1 a.
[5]) Was Endemann S. 866, allerdings ohne Begründung, nicht tut.

das Synallagma zerrissen und die Konnexität aufgehoben, es besteht lediglich ein Forderungsrecht des C gegen B und B gegen A; von einer Austauschverpflichtung könnte dann nicht mehr die Rede sein.

Sieht man aber in der Einrede der Zug um Zug Erfüllung eine wirkliche Einrede, dann kann der Schuldner dieselbe kraft der positiven Vorschrift des § 404 B.G.B. dem neuen Gläubiger entgegensetzen.[1]) Die gleichen Grundsätze gelten, wenn die eine Forderung durch Pfändung einem Dritten überwiesen ist.

II. Was soeben von der Zession gesagt worden ist, findet auch Anwendung auf die Bürgschaft; wenn der Hauptschuldner dem Gläubiger die Einrede entgegensetzen kann, so steht dieses Recht nach § 768 B.G.B. auch dem Bürgen zu. Die Rechtslage ist also die gleiche wie oben; obwohl der Bürge keine Gegenforderung gegen den Gläubiger hat, kann er die Erfüllung solange verweigern, bis der Gläubiger seinerseits an den Hauptschuldner die Gegenleistung bewirkt.

β) Konkurs.

§ 9.

Wenn über das Vermögen des Gläubigers der Konkurs eröffnet wird, so fragt es sich, ob der vom Konkursverwalter in Anspruch genommene Schuldner die Einrede der Zug um Zug Leistung noch geltend machen kann oder nicht.

Was die Einrede des nicht erfüllten Vertrages anlangt, so unterliegt es keinem Zweifel, daß der Schuldner, von welchem der Konkursverwalter nach § 17 K.O. Erfüllung verlangt, die Leistung verweigern kann, bis er seinerseits vom Konkursverwalter befriedigt wird.

Hinsichtlich der Einrede des Zurückbehaltungsrechtes bestimmt § 49 Ziff. 3 K.O., daß diejenigen als absonderungsberechtigte Pfandgläubiger zu behandeln seien, welche etwas zum Nutzen einer Sache verwendet haben, wegen des den noch vorhandenen Vorteil nicht übersteigenden Betrages ihrer Forderung aus der Verwendung, in Ansehung der zurückbehaltenen Sache. Die Fassung dieser Vorschrift gab

---

[1]) Ebenso Planck § 271 Erl. 2 a α Abs. II, Entsch. d. R.G. Bd. 51 S. 172, Bd. 55 S. 403.

der Mehrzahl der Kommentatoren des geltenden Rechtes [1]) Veranlassung zur Aufstellung des Satzes, daß anderen Zurückbehaltungsrechten, insbesondere wenn der Gegenstand des Zurückbehaltungsrechtes in einer Leistungspflicht besteht, jede Konkurswirkung versagt ist.

Diese Interpretation dürfte der Absicht des Gesetzgebers nicht entsprechen. Der unverändert dem § 41 Ziff. 7 der alten K.O. entnommene § 49 Ziff. 3 der neuen K.O. wollte unter der Herrschaft des alten Rechtes nichts anderes sagen, als daß der Retinent den Pfandgläubigern gleichstehe; nur weil bei der Zersplitterung des damaligen Rechtes keine Einigkeit über den Umfang des Zurückbehaltungsrechtes herrschte, gab das Gesetz eine dem preußischen Rechte auf den Leib geschnittene Legaldefinition desjenigen Zurückbehaltungsrechtes, dem es Pfandrechtswirkungen im Konkurse beilegen wollte. Dadurch wurde vermieden, daß die Konkursordnung verschiedenes Recht schuf, je nachdem sie im Geltungsbereich des gemeinen oder preußischen oder irgend eines anderen Rechtes zur Anwendung kam.

Heute, wo das Rechtsinstitut des Zurückbehaltungsrechtes durch das Bürgerliche Gesetzbuch für das ganze Reich einheitlich geregelt ist, ist eine Begriffsbestimmung dieses Rechtes in der Konkursordnung überflüssig und verdankt wohl nur einem redaktionellen Versehen ihr Dasein. Verfehlt wäre es aber, aus der bloßen Tatsache ihrer Existenz den Schluß zu ziehen, daß das Zurückbehaltungsrecht, dessen Anwendungsgebiet gegen das frühere Recht ganz bedeutend erweitert wurde, im Konkurse noch in den engen Rahmen des A.L.R. I 20 § 536 eingezwängt sei.

§ 49 Z. 3 K.O. bedeutet also auch unter der Herrschaft des neuen Rechtes nichts anderes als eine Ausdehnung der konkursrechtlichen Pfandrechtswirkungen auf das Zurückbehaltungsrecht, keine Beschränkung des letzteren im Sinne des allgem. Landrechts. Ein Unterschied besteht nur insofern, als jetzt der Begriff des Zurückbehaltungsrechtes dem materiellen Rechte entnommen werden muß, während früher hierfür die vom Gesetze gegebene Umschreibung maßgebend war.

Die gegenteilige Ansicht würde nach dem Wortlaute des § 49 Z. 3 dazu führen, die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes auch dann auszuschließen, wenn Sachen wegen eines durch sie verursachten Schadens retiniert werden oder wenn nicht Sachen sondern Rechte den Gegen-

---

[1]) vgl. Jäger § 49 A. 42; Schollmeyer § 320 Erl. 1 Abs. 2 zu § 320.

stand des Zurückbehaltungsrechtes bilden. Das kann der Gesetzgeber nicht gewollt haben.

Es wird daher als Regel festzuhalten sein, daß die Einrede der Zug um Zug Leistung weder in der Form des § 273 B.G.B. noch in der des § 320 l. c. durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des einen Teiles berührt wird.

C. Anwendungsgebiet.

1. Zurückbehaltungsrecht.

a) Abgrenzung von verwandten Rechten.

§ 10.

I. Das Zurückbehaltungsrecht hat den Zweck, die Gegenforderung des Schuldners dem Gläubiger gegenüber zu sichern und die Realisierung derselben indirekt zu erzwingen; es zeigt darin eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Pfandrechte, hinter welchem ja in der 2. Lesung des Entwurfes zum Bürgerlichen Gesetzbuch die Bestimmungen über das Zurückbehaltungsrecht ihren Platz gefunden haben. Auch das allgemeine preußische Landrecht[1]) erinnert in manchen Bestimmungen an die Verwandtschaft beider Rechtsinstitute; wenn jedoch in den Protokollen[2]) davon die Rede ist, daß der Zurückbehaltende in der Lage sei, die Zwangsvollstreckung in die zurückbehaltenen Sachen sofort zu bewirken, indem er sie dem Gerichtsvollzieher zu jenem Zwecke hinausgebe, so dürfte das in dieser Allgemeinheit wohl nicht richtig sein, sondern nur auf jene Fälle zutreffen, wo die Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes bereits die Verurteilung zur Erfüllung Zug um Zug herbeigeführt hat oder doch wenigstens die Gegenforderung des Schuldners rechtskräftig festgestellt worden ist; dann steht natürlich nichts im Wege, daß der Schuldner wegen seiner Forderung an den Gläubiger die Zwangsvollstreckung in die Forderung des Gläubigers an ihn betreibt.[3])

---

[1]) vgl. I 20 § 558.
[2]) Bd. 6 S. 197; vgl. Endemann S. 714 A. 24.
[3]) Schollmeyer § 273 Erl. 3.

Nur in wenigen Fällen legt das Gesetz dem Zurückbehaltungsrecht Pfandrechtswirkungen bei, vor allem dem kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht nach § 371 H.G.B., welches aber, als der Lehre vom Pfandrecht angehörig, aus der gegenwärtigen Betrachtung ausscheidet. Daß das Gesetz zuweilen das Retentionsrecht zum Pfandrecht verstärkt, beruht auf dem Gedanken, daß der Anspruch desjenigen, welcher aus einem Vertrage vorzuleisten verpflichtet ist, eines besonderen Schutzes bedarf.

Nicht hierher gehörig, obwohl demselben gesetzgeberischen Motive entsprungen, ist das Sperrrecht des Vermieters und Verpächters nach §§ 559 und 585 B.G.B.[1]); denn die eingebrachten Sachen sind nicht in der tatsächlichen Gewalt des Vermieters sondern in der des Mieters. Erst das Sperrrecht gibt dem ersteren die rechtliche Möglichkeit, sich in den Besitz der eingebrachten Sachen zu setzen; das Zurückbehaltungsrecht verschafft aber nicht Besitz, sondern setzt denselben voraus.

Dagegen stellt das gesetzliche Pfandrecht des Unternehmers eines Werkes ein wirkliches Zurückbehaltungsrecht dar; denn das Pfandrecht erstreckt sich nur auf solche Sachen des Bestellers, welche in den Besitz des Unternehmers zum Zwecke der Herstellung des Werkes übergegangen sind. Das gleiche gilt im Handelsrecht für das Pfandrecht des Frachtführers an dem Frachtgute wegen aller durch den Frachtvertrag begründeten Forderungen nach §§ 440, 623 H.G.B., für das Pfandrecht des Kommissionärs an dem Kommissionsgute wegen der auf das Gut verwendeten Kosten, der Provision, der auf das Gut gegebenen Vorschüsse und Darlehen, der mit Rücksicht auf das Gut gezeichneten Wechsel oder in anderer Weise eingegangener Verbindlichkeiten, sowie wegen aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionsgeschäften[2]) nach § 397 l. c., ferner für das Pfandrecht des Spediteurs an dem Gute wegen der Fracht, der Provision, der Auslagen und Verwendungen sowie wegen der auf das

---

[1]) Endemann S. 173. Auch das Pfandrecht des Gastwirtes nach § 704 B.G.B. ist hierher zu zählen.

[2]) Durch die Ausdehnung des Pfandrechtes zu Gunsten aller Forderungen aus laufender Rechnung in Kommissionssachen ist das Erfordernis der Konnexität der Forderungen aufgegeben; es wird als gemeinschaftliche Basis nicht dasselbe Rechtsverhältnis verlangt, sondern nur dieselbe Verpflichtungsart-„Kommissionskonnexität." vgl. Gareis § 397 A. 5.

Gut gegebenen Vorschüsse nach § 410 l. c., endlich für das Pfandrecht des Lagerhalters wegen der Lagerkosten nach § 421 l. c.[1])

Auf alle diese Pfandrechte finden die Vorschriften der §§ 1204 ff. B.G.B. Anwendung, nicht die Bestimmungen über das Zurückbehaltungsrecht; ein solches Pfandrecht kann daher nicht durch Sicherheitsleistung nach § 273 Abs. 3 B.G.B. abgewendet werden, es sei denn, daß die Voraussetzung des § 1218 B.G.B. gegeben d. i. der Verderb des Pfandes zu befürchten ist.[2]) Das schließt keineswegs aus, daß der Berechtigte unter Verzicht auf das ihm zustehende Pfandrecht bei Vorhandensein der Voraussetzungen des § 273 B.G.B. bezw. der §§ 369 ff. H.G.B. wahlweise das einfache bezw. kaufmännische Zurückbehaltungsrecht geltend macht.[3])

II. Mit dem Zurückbehaltungsrechte ist ferner, wenigstens in den Ausgangspunkten, verwandt die Aufrechnung; zwar führen beide Rechte praktisch zu ganz verschiedenen Ergebnissen; in einem Falle jedoch, wo das Zurückbehaltungsrecht einem Anspruch entgegentritt, der mit dem Gegenanspruch gleichartig ist, insbesondere, wo sich Geldforderungen gegenüberstehen, gehen die Wirkungen des Zurückbehaltungsrechtes und der Aufrechnung ineinander über, sodaß es zweifelhaft erscheinen kann, ob man einer derartigen Rechtslage gegenüber die Grundsätze über Zug um Zug Erfüllung oder die über die Kompensation zur Anwendung zu bringen hat. Endemann[4]) scheint den letzteren Standpunkt zu vertreten; denn er schließt unter den Voraussetzungen des § 394 B.G.B., welcher die Aufrechnung gegen unpfändbare Forderungen verbietet, auch das Zurückbehaltungsrecht gegen eine solche aus.[5]) Allein es ist mit Dernburg[6]) anzunehmen, daß es hier bei den Regeln des Zurückbehaltungsrechtes verbleibt; denn dieses wird weder faktisch noch rechtlich

---

[1]) Das diese Vorschriften umfassende Prinzip ist nicht ausnahmslos durchgeführt; obwohl z. B. beim entgeltlichen Verwahrungsvertrag der Verwahrer vorzuleisten verpflichtet ist, hat er bloß ein Zurückbehaltungsrecht, kein Pfandrecht an der verwahrten Sache.

[2]) Entsch. d. O.L.G. Hamburg vom 14. April 1903 in Rechtsp. des Oberlandesger. Jahrg. 1903 S. 470.

[3]) Makower § 397 Bem. 4a.

[4]) § 145 A. 25.

[5]) s. oben § 6.

[6]) Bürgerl. Recht Bd. 2, 1 § 59 III; auch Planck § 394 Erl. 2.

zur Aufrechnung, vielmehr decken sich nur die Wirkungen beider Rechte im Vollstreckungsstadium. Wenn daher durch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes ein wirtschaftlicher Erfolg erzielt wird, der in der Lehre von der Aufrechnung verpönt ist, so läßt dies einen Rückschluß auf die Unzulässigkeit des Retentionsrechtes um so weniger zu, als ja das Anwendungsgebiet des Zurückbehaltungsrechtes gegenüber dem der Aufrechnung durch das Erfordernis der Konnexität erheblich beschränkt, und der gleiche Erfolg auf ganz verschiedenem Wege herbeigeführt wird.

Aus den gleichen Gründen dürfte aber auch umgekehrt die Ansicht sich nicht rechtfertigen lassen, daß in diesen Fällen die Aufrechnung immer dann zulässig sein soll, wenn der Geltendmachung des Zurückbehaltungsrechtes nichts im Wege steht.[1])

III. Da die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nur eine Unterart der Einrede des Zurückbehaltungsrechtes bildet, so ist es selbstverständlich, daß beide Einreden vielfach Berührungspunkte zueinander aufweisen. Ihr Hauptunterschied besteht lediglich darin, daß die Ausübung des Retentionsrechtes im Gegensatze zur Einrede des nicht erfüllten Vertrages gemäß § 273 Abs. 3 B.G.B. durch Sicherheitsleistung abgewendet werden kann. Dieser Vorschrift entspricht auf der anderen Seite § 320 Abs. 2 B.G.B., welcher bestimmt: Ist von einer Seite teilweise geleistet worden, so kann die Gegenleistung insoweit nicht verweigert werden, als die Verweigerung nach den Umständen, insbesondere wegen verhältnismäßiger Geringfügigkeit des rückständigen Teiles, gegen Treu und Glauben verstoßen würde.

Offenbar in Anlehnung an diesen Paragraph wurde in der Literatur[2]) der Satz vertreten: „Die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes steht in adäquatem Verhältnisse zu seiner Forderung und dem Bedürfnisse seiner Sicherung." Abgesehen von dem Hinweise auf § 320 Abs. 2 B.G.B. kann zur Begründung dieser Lehre lediglich auf allgemeine Billigkeitsrücksichten Bezug genommen werden. Allein § 273 B.G.B. gewährt das Zurückbehaltungsrecht schlechthin und ohne eine der Vorschrift des § 320 Abs. 2 analoge Einschränkung. Eine solche wäre auch überflüssig; denn wenn Leistung und Gegenleistung in ihrem wirt-

---

[1]) vgl. Dernburg, Kompensation S. 370 f.

[2]) Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2, 1 § 57 II 2; Endemann S. 711 A. 15; Schollmeyer Erl. b II.

schaftlichen Werte derart differieren, daß der durch die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes dem Gläubiger entstehende Schaden in keinem Verhältnisse steht zu dem dem Schuldner in § 273 l. c. gewährleisteten Rechtsschutze, dann wird der Gläubiger stets imstande sein, durch Leistung einer gegenüber der geltend gemachten Forderung minimalen Sicherheit die Ausübung des Zurückbehaltungsrechtes auszuschließen. Würde die Bestimmung des § 320 Abs. 2 auch für den die Leistung auf Grund des § 273 l. c. verweigernden Schuldner gelten, dann wäre die Vorschrift des § 556 Abs. 2 B.G.B. entbehrlich; denn dann wäre ohne weiteres klar, daß der Mieter wegen etwaiger Forderungen gegen den Vermieter nicht das gemietete Grundstück zurückbehalten darf.[1])

b) Einzelne Anwendungsfälle.

§ 11.

I. Die einzelnen Anwendungsfälle des Zurückbehaltungsrechtes können naturgemäß nicht erschöpfend aufgezählt werden. Auch das Gesetz überläßt es im allgemeinen den Beteiligten, die generellen Vorschriften des § 273 l. c. auf den gegebenen Tatbestand anzuwenden.

1. In einer Mehrzahl von Fällen sichert es jedoch dem Schuldner das Zurückbehaltungsrecht ausdrücklich oder durch Hinweis auf einen speziellen Anwendungsfall zu, obwohl es an und für sich schon gegeben wäre, so in den §§ 347, 450, 500, 547, 592, 601, 670, 693, 850, 970, 1000, 1978 f. B.G.B., § 32 der Rechtsanwaltsordnung.

2. Wieder in anderen Fällen gewährt es ein Zurückbehaltungsrecht, das dem Schuldner ohne die positive Vorschrift nicht zustehen würde z. B. §§ 337, 368, 371, 404, 410, 768, 785, 797 f., 808, 1144, 1192, 1267 B.G.B., Art. 39, 48 Wechselordnung.

3. Umgekehrt kennt unsere Gesetzgebung auch den Ausschluß des Zurückbehaltungsrechtes da, wo seiner Geltendmachung nichts im Wege stünde, z. B. in den §§ 175, 273 Abs. 2, 556 Abs. 2 B.G.B., 19 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, 223 Konkursordnung.

---

[1]) Planck § 273 Erl. 1 Abs. 3; selbstverständlich kann aber der Mieter an beweglichen Sachen ein Retentionsrecht ausüben; s. Dernburg B.R. Bd. 2, 2 § 219 IV.

II. Es kann nicht Aufgabe gegenwärtiger Arbeit sein, auf jeden der aufgeführten Fälle einzeln einzugehen; nur der Vollständigkeit halber sollen jene Gruppen erwähnt werden, für welche Besonderheiten hinsichtlich der Einrede der Zug um Zug Erfüllung gelten.

1. Hier ist vor allem des dinglichen Zurückbehaltungsrechtes zu gedenken, welches in dem Gesetze durch die §§ 999 ff. B.G.B. eine besondere Regelung erfahren hat.[1]) Es beruht auf dem Gedanken, daß die Sache, für welche Aufwendungen gemacht wurden, selbst für den Ersatz derselben haftet; deshalb kann der Ersatzanspruch erst geltend gemacht werden, wenn durch den Verlust des Besitzes an den Eigentümer auch die Sachhaftung verloren gegangen.[2]) Hier wird also durch das Bestehen der Einrede die klageweise Geltendmachung des Anspruches ausgeschlossen, was für die übrigen Fälle der Zug um Zug Erfüllung nicht zutrifft.

2. Eine weitere Eigentümlichkeit gilt für den Anspruch auf Quittung oder Herausgabe anderer beweiserheblicher Urkunden nach § 368, 371, 410, 785, 797, 808, 1144, 1192, 1267 B.G.B., Art. 39, 48 W.O. Während die übrigen konnexen Schuldverhältnisse ein Nebeneinanderbestehen auf Grund desselben Rechtsverhältnisses voraussetzen, also die Identität des juristischen Tatbestandes, dem sie entwachsen sind, knüpft sich das Recht auf Quittung an die Erfüllung eines Anspruches an, d. h. der Anspruch auf Quittung steht zur Erfüllung des Hauptanspruches im Verhältnis der Wirkung zur Ursache. Im Prozesse um den Anspruch hat der Schuldner noch gar kein Recht auf Quittung, sondern erst im Momente des Leistungsbeginnens und kann daher die Einrede der Zug um Zug Erfüllung nicht erfolgreich vorschützen. Das Urteil wird in diesen Fällen deshalb nicht auf Leistung gegen Empfang der Quittung, sondern auf Leistung schlechthin zu lauten haben.

Die Wirkung des Quittungsanspruches zeigt sich erst beim Vollzuge der Leistung, sei es, daß dieser ein freiwilliger oder zwangsweiser ist, denn hier wie dort kann der Schuldner die Erfüllung von der Aushändigung der Quittung abhängig machen. Auch wenn das

---

[1]) Schollmeyer § 273 Erl. 2 b β; Protokolle Bd. 1 S. 312.

[2]) Dies gilt natürlich nur für die selbständige Verfolgung des Gegenanspruches; denn die einredeweise Geltendmachung ist durch § 1000 l. c. gewährleistet.

Urteil nur auf Leistung lautet, darf der Gerichtsvollzieher auf die Einrede des Schuldners hin nur dann vollstrecken, wenn er zur gleichzeitigen Übergabe der genannten Urkunden imstande und bereit ist.

Es handelt sich in diesen Fällen also nicht um die eigentliche Einrede der Zug um Zug Leistung, sondern um ein besonders geartetes Recht, das in seinen praktischen Wirkungen der Einrede allerdings sehr nahekommt. Hier ist das einfache Leistungsbegehren kein Zuvielfordern und kein Verstoß gegen die Absicht des Vertrages; denn begrifflich kann der Anspruch auf die Quittung erst entstehen, wenn die derselben zugrunde liegende Schuld getilgt ist. Die Leistungspflicht geht dem Quittungsanspruch vor, und nur aus praktischen Gründen hat das Gesetz ein der Einrede der Zug um Zug Leistung verwandtes Recht geschaffen, das aber seine innere Berechtigung nicht in dem Gedanken hat, dem Schuldner zu seinem Gegenanspruch zu verhelfen, sondern in der Zweckbestimmung, dem Schuldner einen urkundlichen Nachweis über die Erfüllung seiner Verpflichtung zu verschaffen. Aus diesen Gründen kann auch § 756 und 765 C.P.O. nicht zur Anwendung kommen; denn von einem durch öffentliche Urkunden geführten Nachweise über die Befriedigung des Quittungsberechtigten kann erst dann die Rede sein, wenn derselbe die Hauptleistung erfüllt hat; diese soll ja aber erst durch das Vollstreckungsverfahren erzwungen werden.[1])

3. Im übrigen bleibt es bei der Regel des § 273 B.G.B. Erwähnenswert ist lediglich noch das Zurückbehaltungsrecht des Gesellschafters und des Dienstverpflichteten.

a) Während der Gesellschafter die Leistung des Beitrages in der Regel nicht verweigern darf, kann er andere Verpflichtungen gegen die Gesellschaft zum Gegenstand des Zurückbehaltungsrechtes machen, wenn die Voraussetzungen des § 273 l. c. gegeben sind.[2])

b) Wenn der Dienstpflichtige zur Verrichtung der Dienste von dem Dienstherrn Sachen in Besitz bekommen hat, die er nach Beendigung des Dienstverhältnisses an sich zurückzugeben verpflichtet wäre, so kann er diese Gegenstände zurückbehalten bis zur Befriedigung seines Anspruchs aus dem Dienstverhältnisse. Dieser nicht unbestrittene Satz erlangt hauptsächlich praktische Bedeutung für das Dienstverhältnis zwischen Prinzipal und Handlungsgehilfen nach § 59 H.G.B. in dem

[1]) Gaupp-Stein § 726 Bem. 3.
[2]) Entsch. d. R.G. Bd. 54 S. 237.

Falle, daß der Reisende Muster seines Prinzipals, gegen den er noch Gehaltsansprüche hat, zurückbehalten will.

Nach dem Kommissionsberichte über den Entwurf eines Handelsgesetzbuches [1]) soll der Reisende ein Retentionsrecht nicht haben, weil er nicht Besitzer der betreffenden Gegenstände sei, es sei denn, daß ihm ein Retentionsrecht nach § 273 Abs. 2 B.G.B. zustehe. [2]) Allein da der Reisende die Herausgabe der Muster zweifellos nicht auf Grund der Einrede des nicht erfüllten Vertrages verweigern kann, so wäre er durch die Beschränkung des Zurückbehaltungsrechtes im Sinne des Kommissionsberichtes dem Prinzipal gegenüber ziemlich rechtlos, ein Erfolg, den der Gesetzgeber offenbar nicht beabsichtigte. Die Motive zum Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuches [3]) sprechen auch tatsächlich mit keinem Worte davon, daß das Zurückbehaltungsrecht an den Besitz der Sache geknüpft sei; ja sie vermeiden offenbar, von Besitz überhaupt zu reden, gebrauchen vielmehr den technischen Ausdruck „Inhabung", worunter § 797 des 1. Entwurfes die tatsächliche Gewalt über die Sache im allgemeinen verstand. Die Motive gaben also nicht nur dem Besitzer nach § 854 B.G.B. sondern auch dem Besitzdiener nach § 855 l. c. ein Zurückbehaltungsrecht, und das ist auch heute noch Rechtens, wenn auch die Besitzlehre Savignys in den späteren Entwürfen aufgegeben wurde. [4]) Wird man aus diesen Gründen dem Dienstpflichtigen ein Retentionsrecht an den Sachen des Dienstherrn zugestehen, so frägt es sich weiter, ob auch die vereinbarten Dienste selbst zurückbehalten werden dürfen, wenn der Dienstherr mit seinen fälligen Verbindlichkeiten im Rückstande ist. Soweit diese Verbindlichkeiten nicht in einem Äquivalent für die geleisteten Dienste bestehen, [5]) muß die Zulässigkeit des Zurückbehaltungsrechtes von Fall zu Fall geprüft werden. [6]) Maßgebend dürfte der Umstand sein, ob die Ein-

---

[1]) Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen Bd. 6 S. 551.

[2]) Ebenso die Rechtsprechung; vgl. Entsch. des O.L.G. Colmar vom 24. März 1903 in der Zeitschrift für französisches und deutsches Civilrecht, Jahrgang 1903 S. 620.

[3]) Bd. 2 S. 43.

[4]) Düringer-Hachenburg Bd. 1 § 59 Bem. 4 Ziffer 5.

[5]) Dann käme nämlich die Einrede der Zug um Zug Leistung in Form des § 320 l. c. in Betracht.

[6]) a. A. Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. 2 § 307 III.

haltung der vertragsmäßigen Dienstzeit der Dienstleistung derart wesentlich ist, daß eine zeitweise Verweigerung der Dienste gleich Nichterfüllung des ganzen Dienstvertrages ist, oder ob die Dienstleistungen nachgeholt werden können, ohne das Wesen des Dienstvertrages zu zerstören.[1])

2. Der gegenseitige Vertrag.

a) Allgemeines.

§ 12.

I. Der Tatbestand des gegenseitigen Vertrages würde an sich auch die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes begründen; doch hat das Gesetz es vorgezogen, für die Erfüllung der beiderseitigen Verpflichtungen aus einem gegenseitigen Vertrage eine eigene Einrede, die des nicht erfüllten Vertrages, zu schaffen, welche sich aber nur unwesentlich von der des Zurückbehaltungsrechtes unterscheidet.[2])

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages ist keineswegs auf die Fälle verweigerter Leistung beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf die Fälle unzulänglicher Erfüllung, sei es, daß die Leistung nur teilweise, sei es, daß sie fehlerhaft erfüllt wurde.[3]) Im Anschlusse an die Praxis des gemeinen Rechtes[4]) wird daher in der Literatur häufig unterschieden in eine Einrede des nicht erfüllten Vertrages und in eine solche des nicht gehörig oder unzulänglich erfüllten Vertrages. Mit Recht wurde schon unter der Herrschaft des früheren Rechtes der letztere Begriff abgelehnt;[5]) denn teilweise oder vertragswidrige Leistung braucht der Schuldner nicht anzunehmen, in diesem Falle gilt die ganze Leistung als nicht erfüllt. Aus praktischen Gründen wird sich jedoch kaum vermeiden lassen, dort, wo der Schuldner die Leistung wegen teilweiser Nichterfüllung der Gegenleistung verweigert, der Kürze halber von einer Einrede des nicht gehörig erfüllten Vertrages zu reden.

---

[1]) Schollmeyer § 273 Erl. 1 b.

[2]) Die Motive bezeichnen in Bd. 2 S. 42 die Einrede des nicht erfüllten Vertrages als ein Zurückbehaltungsrecht im weiteren Sinne.

[3]) a. A. Cosack Bd. 1 S. 301.

[4]) Dieses trennt die exceptio non adimpleti contractus von der exceptio non rite adimpleti contractus.

[5]) Windscheid § 321 A. 5.

II. Die Einrede der Zug um Zug Erfüllung ist begrifflich dann nicht gegeben, wenn ein Teil aus dem gegenseitigen Vertrage vorzuleisten verpflichtet ist; wenn das Gesetz trotzdem in § 321 B.G.B. dem zur Vorleistung Verpflichteten die Einrede für den Fall gewährt, daß nach dem Abschlusse des Vertrages in den Vermögensverhältnissen des anderen Teiles eine wesentliche Verschlechterung eintritt, so läßt sich diese Bestimmung nicht aus dem Wesen des gegenseitigen Vertrages erklären. Dieselbe bildet vielmehr einen Ersatz für die dem Bürgerlichen Gesetzbuch unbekannte clausula rebus sic stantibus, von der sie sich aber wesentlich dadurch unterscheidet, daß sie nicht ein Rücktrittsrecht vom Vertrage gewährt, auch nicht ein Recht auf Zug um Zug Leistung oder auf Leistung gegen Sicherheitsbestellung, sondern nur eine Einrede gegen den Anspruch auf Vorleistung.[1])

Es wurde allerdings von namhaften Autoren[2]) die Ansicht vertreten, als ob der zur Vorleistung Verpflichtete ein Klagerecht auf sofortige Zahlung oder Sicherheitsleistung und an Stelle der ursprünglichen Leistungspflicht auf Kredit eine solche gegen Barzahlung oder Sicherheitsleistung hätte. Diese Anschauung hat die Rechtsprechung[3]) mit Grund verworfen, weil das Gesetz den Schuldner nicht zwingen wollte, statt des ursprünglichen Leistungsgegenstandes ein aliud zu leisten. Der Vorleistungsverpflichtete hat daher nicht, wie in § 320 l. c. der Schuldner, ein aktives Recht auf Erlassung eines auf Austausch lautenden Urteils, sondern lediglich eine Einrede gegen den Vorleistungsanspruch; er gerät unter den Voraussetzungen des § 321 B.G.B. trotz Vorleistungspflicht und Leistungsverweigerung nicht in Schuldnerverzug. Umgekehrt kommt der andere Teil nicht in Gläubigerverzug, sobald ihm die Vorleistung nicht unbedingt sondern unter gleichzeitiger Inanspruchnahme der Gegenleistung angeboten wird.

Hier liegt im Gegensatze zu den übrigen Einreden der Zug um Zug Leistung eine reine Einrede vor, die nicht zur Verurteilung zur

---

[1]) Auch unter der Herrschaft des bürgerlichen Rechtes ist natürlich ein für den Fall des Eintritts der Voraussetzungen des § 321 B.G.B. vereinbartes d. i. vertragsmäßiges Rücktrittsrecht nicht ausgeschlossen; vielfach kann man sogar annehmen, daß dies dem mutmaßlichen Willen der Kontrahenten beim Vertragsabschlusse entspricht. vgl. Rechtsspr. des O.L.G. Bd. 6 S. 44, Hamburg 14. 10. 1902.

[2]) Staub in der deutschen Juristenzeitung 1903 S. 388.

[3]) Entsch. des R.G. Bd. 53 S. 63; Seufferts Archiv Bd. 58 S. 308.

Leistung gegen Empfang der Gegenleistung, sondern zur Abweisung der Klage führt.

b) Im einzelnen.

§ 13.

Die Einrede des nicht erfüllten Vertrages hat grundsätzlich statt bei allen vollkommenen gegenseitigen Verträgen, während die aus unvollkommenen gegenseitigen Verträgen[1]) entspringenden Verpflichtungen in der Regel die Einrede des Zurückbehaltungsrechtes begründen.

1) Das erstere Prinzip ist im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht einheitlich durchgeführt. Für den Kauf gilt die Einrede der mangelhaften Erfüllung gemäß § 440 B.G.B. nur hinsichtlich derjenigen Befugnisse, welche dem Käufer aus dem Mangel im Rechte erwachsen, nicht aber für Ansprüche, welche ihren Grund in Sachmängeln haben. Wenn daher der Käufer wegen Fehlerhaftigkeit der gekauften Sache den Kaufpreis nicht bezahlen will, so kann er diese Weigerung nicht auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages stützen, sondern nur auf die Einrede des § 478 B.G.B.[2])

In den Fällen jedoch, wo sich der Käufer dazu entschließt, statt Wandelung oder Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen,[3]) kann er der Klage des Verkäufers gegenüber die Einrede der Zug um Zug Erfüllung vorschützen, jedoch nicht in Form des § 320 l. c. sondern in Gestalt des Zurückbehaltungsrechtes.[4])

2. Nach dem in § 779 B.G.B. gegebenen Begriffe des Vergleichs, d. i. Beseitigung eines Streites oder einer Ungewißheit der Parteien über ein Rechtsverhältnis im Wege des gegenseitigen Nachgebens, erzeugt derselbe gegenseitige, vertragsmäßige Verpflichtungen, sei es, daß „die Vertragsgenossen bestimmte Vergleichsleistungen gegenseitig austauschen",[5]) sei es, daß durch den Vergleich eine Verpflichtung hierzu übernommen wird. Verlangt daher der eine Teil Vergleichs-

---

[1]) Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 § 91.

[2]) A. A. Endemann S. 702 A. 18, dagegen S. 988 A. 15; Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2 § 94 IV.

[3]) §§ 463, 480 Abs. 2 B.G.B.

[4]) siehe oben § 7 Abs. 3 Ziff. 2a γ.

[5]) Endemann § 193 Nr. 3.

erfüllung, ohne selbst die ihm obliegende Leistung zu vollziehen, so kann ihm der andere Teil die Einrede des nicht erfüllten Vertrages entgegensetzen.

3. Wenig praktisch wird diese Einrede bei der Miete und dem Pachtvertrage werden, weil hier nach § 551 B.G.B. der Vermieter vorzuleisten hat. Dies erstreckt sich sogar auf den Fall, daß der Mietzins vorauszubezahlen ist; auch hier ist dieser erst zu entrichten, wenn die gemietete Sache dem Mieter überlassen ist.[1])

4. Ähnlich ist das Verhältnis beim Dienstvertrage; da bei diesem die Vergütung gemäß § 614 B.G.B. in der Regel nach Leistung der Dienste zu erfolgen hat, so ist der Dienstpflichtige vorzuleisten verbunden, womit die Anwendbarkeit der Einrede des nicht erfüllten Vertrages ausgeschlossen ist. Doch wird der Dienstpflichtige in manchen Fällen durch den Gebrauch des Zurückbehaltungsrechtes einen Druck auf den Dienstherrn ausüben können.[2])

5. Verwickelter kann sich die Rechtslage bei dem Werkvertrage gestalten; daß Besteller und Unternehmer die Einrede des nicht erfüllten Vertrages haben, geht, abgesehen von den allgemeinen Vorschriften des § 320 B.G.B., insbesondere aus der Bestimmung des § 641 l. c. hervor, wonach die Vergütung bei Abnahme des Werkes zu entrichten ist.[3]) Das Einrederecht setzt also die Vollendung des Werkes voraus; insofern besteht für die gesamte Tätigkeit des Unternehmers, welche zur Herstellung des Werkes notwendig ist, eine Vorleistungspflicht, die ihr wirtschaftliches Äquivalent in dem zum Pfandrecht verstärkten Zurückbehaltungsrechte des Unternehmers an den in seinem Besitze befindlichen Sachen des Bestellers findet.

Wesentlich modifiziert durch die für den Kaufvertrag geltenden Grundsätze über die Wandelung ist die Einrede des unzulänglich erfüllten Vertrages; diese kann nämlich bei Mangelhaftigkeit des Werkes gegenüber der Klage des Unternehmers von dem Besteller nur so lange vorgeschützt werden, als der Unternehmer den Mangel nicht beseitigt hat, oder die zu diesem Zwecke von dem Besteller dem Unternehmer

---

[1]) Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2 § 215 Abs. 1; ähnliches gilt für den Beherbergungsvertrag.

[2]) Siehe oben § 11, II 3b.

[3]) vgl. Entsch. d. R.G. Bd. 56 S. 251.

gesetzte Frist ohne Erfolg verstrichen ist.[1]) Ist eine dieser Voraussetzungen eingetreten, dann ist der Anspruch auf Beseitigung des Mangels und mit ihr die Einrede der fehlerhaften Erfüllung ausgeschlossen; an deren Stelle tritt der Anspruch auf Wandelung oder Minderung. Hierüber, sowie über die an ein Verschulden des Unternehmers gebundene Verpflichtung zum Schadensersatze gilt das sub Ziff. 1 über den Kauf Gesagte.

6. Die streitige Frage, ob der Mäklervertrag ein zweiseitiger Vertrag ist oder nur eine Verbindlichkeit auf den Mäklerlohn erzeugt, braucht hier nicht entschieden zu werden. Jedenfalls kann die Einrede des nicht erfüllten Vertrages deswegen nicht eingreifen, weil der Mäkler nach § 652 B.G.B. vorzuleisten verpflichtet ist; im übrigen finden die Vorschriften über den Dienst- bezw. Werkvertrag auch auf den Mäklervertrag Anwendung.

7. Der Agenturvertrag nach § 84 H.G.B. ist eine Unterart des Dienstvertrages und untersteht daher den über letzteren entwickelten Grundsätzen. Zu beachten ist, daß dem Agenten[2]) als Kaufmann insbesondere auch das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht nach §§ 369 ff. H.G.B. zusteht.

8. Das Kommissionsgeschäft gehört als „mandatähnlicher Werkvertrag“[3]) unter die gegenseitigen Verträge. Es hat jedoch für die Einrede des nicht erfüllten Vertrages insofern keine praktische Wichtigkeit, als der Kommissionär die Provision erst fordern kann, wenn das Geschäft zur Ausführung gekommen ist. Die Entlohnung des Kommissionärs erfolgt nicht für seine Tätigkeit, sondern für den Erfolg des Geschäftes. Der Erfolg ist die notwendige Voraussetzung des Provisionsanspruches; dieser kann daher erst geltend gemacht werden, wenn der Geschäftsabschluß bereits herbeigeführt wurde. Von einer Zug um Zug Leistung kann deshalb keine Rede sein.

9. Diese Ausführungen gelten mutatis mutandis auch für das Speditionsgeschäft, eine Unterart des Kommissionsgeschäftes;[4]) insbesondere ist auch hier der Spediteur zur Vorleistung verpflichtet, weil er gemäß § 409 H.G.B. die Provision erst nach der Übergabe

---

[1]) §§ 633 f. B.G.B.

[2]) Im Gegensatz zum Handlungsgehilfen.

[3]) Dernburg, Bürg. Recht Bd. 2, 2 § 341 II.

[4]) § 407 Abs. 2 H.G.B.

des Gutes an den Frachtführer oder Verfrachter zu fordern berechtigt ist.

10. Soweit bei dem Verwahrungsvertrag für die Verwahrung eine Vergütung versprochen wurde, liegt ein zweiseitiger Vertrag vor; denn die Übernahme der Verpflichtung zur Leistung einer Vergütung bildet nur ein Entgelt für die Gegenverpflichtung des Verwahrers. Doch wird auch in den Fällen der entgeltlichen Verwahrung die Einrede des nicht erfüllten Vertrages kaum von Bedeutung sein, weil die Vergütung nach der Regel des § 699 B.G.B. bei der Beendigung der Aufbewahrung zu entrichten ist. Hinsichtlich seiner Verpflichtung zur Rückgabe der Sache kann aber der Verwahrer die Einrede des nicht erfüllten Vertrages nicht geltend machen, sondern nur die des Zurückbehaltungsrechtes: denn Verwahrung und Rückgabe stehen sich nicht als Leistung und Entgelt gegenüber.[1])

11. Das Lagergeschäft unterscheidet sich, was die Einrede der Zug um Zug Erfüllung anlangt, nur insofern vom Verwahrungsvertrag, als gesetzlich verschiedene Erfüllungszeiten für die einzelnen Verpflichtungen des Einlagerers aufgestellt sind. Auch hier ist der Lagerhalter zur Einlagerung vorleistungsverpflichtet, nur kann er das Lagergeld jeweils nach Ablauf von 3 Monaten, nicht erst am Schlusse der Lagerzeit verlangen: die Einrede der Zug um Zug Leistung steht ihm daher bei Zurückgabe der eingelagerten Güter nur für das Lagergeld zu, welches seit dem Zeitpunkte, wo das letzte Lagergeld bezahlt worden ist, fällig wurde, es sei denn, daß der Rest des Lagergeldes im Verhältnisse zu dem bereits an den Lagerhalter abgeführten so geringfügig wäre, daß § 320 Abs. 2 l. c. zur Anwendung zu kommen hätte. Auch für den Ersatz von Auslagen besteht eine Besonderheit, indem nach § 420 H.G.B. Barauslagen sofort, andere aber nach 3 Monaten zu erstatten sind und nicht erst bei Beendigung des Lagergeschäftes: dadurch wird indes das Zurückbehaltungsrecht an sich nicht berührt.

12. Wer in dem Gesellschaftsvertrag keinen Vertrag, sondern nur eine Vereinbarung mehrerer zu gemeinsamen Handeln[2]) erblickt, der wird hier wohl die Einrede des nicht erfüllten Vertrages aus-

---

[1]) Enneccerus Bd. 1 § 181 I Ziff. 1.
[2]) vgl. Endemann § 62 A. 4.

schließen müssen; aber auch diejenigen, welche anerkennen, daß der Gesellschaftsvertrag unter die gegenseitigen Verträge fällt, lehnen die Anwendbarkeit des § 320 l. c. für die Beitragspflicht der Gesellschafter ganz oder teilweise ab, können sich jedoch über die hier maßgebenden Gesichtspunkte gegenseitig nicht verständigen.[1])

Bei Untersuchung dieser Frage ist davon auszugehen, daß der Gesellschaftsvertrag im Gegensatze zu anderen synallagmatischen Verträgen nicht den wirtschaftlichen Ausgleich von sich gegenüberstehenden Bedürfnissen bezweckt, sondern die Befriedigung eines gemeinsamen Bedürfnisses, die Erfüllung des Gesellschaftszweckes anstrebt; genügt daher ein Gesellschafter der Beitragspflicht nicht, so verstößt diese Unterlassung gegen das Gesellschaftsinteresse, berechtigt aber keineswegs ohne weiteres auch die anderen Gesellschafter, nun ebenfalls dem Gesellschaftszwecke entgegenzuarbeiten und die Beiträge zu verweigern.

Dies gilt nicht für den Fall, wo schon durch die Nichtleistung des einen Gesellschafters die Erreichung des Gesellschaftszweckes unmöglich geworden ist; denn dann endigt die Gesellschaft nach § 726 B.G.B. Solange das Ziel der Gesellschaft erreichbar ist, laufen die Interessen der Gesellschafter parallel, sie kreuzen sich aber in dem Momente, wo einer oder einige von ihnen die Durchführung des von der Gesellschaft angestrebten Zweckes unmöglich machten. Hier kann dem vertragstreuen Gesellschafter nicht mehr zugemutet werden, seine Beitragspflicht zu erfüllen; hier kann er sich darauf berufen, daß er nur dann zu leisten brauche, wenn auch der andere Gesellschafter durch Beitragsleistung die Erreichbarkeit des Gesellschaftszweckes aufrecht erhält bezw. wiederherstellt. Maßgebend für die Anwendbarkeit der Einrede der Zug um Zug Erfüllung ist also der Umstand, ob der von einem anderen Gesellschafter verweigerte Beitrag zur Erreichung des Gesellschaftszweckes wesentlich ist oder nicht.

13. Wie schon die Titelüberschrift vor den §§ 320 ff. B.G.B. besagt, finden die Vorschriften über den gegenseitigen Vertrag nur auf diesen selbst Anwendung, nicht aber auf gegenseitige Schuldverhältnisse, die kraft Gesetzes entstehen. Dies gilt vor allem hinsichtlich der Einrede

---

[1]) vgl. Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2 2 § 357 Abs. 3; Endemann § 181 A. 10; Planck Vorbem. zu § 705, Ziff. 3.

der Zug um Zug Leistung, denn § 320 B.G.B. ist gegenüber § 273 l. c. eine Spezialbestimmung, die nicht extensiv interpretiert werden darf.

Die Erfüllung der aus der Gemeinschaft nach §§ 741 ff. B.G.B. sich ergebenden gegenseitigen Verpflichtungen kann daher nicht unter Berufung auf § 320 l. c. abgelehnt werden,[1]) wogegen natürlich wegen der Konnexität des Entstehungsgrundes der Anwendbarkeit des § 273 l. c. nichts im Wege steht.

3. Das Rücktrittsrecht.

§ 14.

I. Während das Gesetz in den bisher besprochenen Fällen die Zug um Zug Erfüllung derart regelt, daß es dem Schuldner das Recht gibt, die Leistung zu verweigern, stellt es in § 348 B.G.B. den positiven Rechtssatz auf, daß die aus dem Rücktritt entspringenden Verpflichtungen Zug um Zug zu erfüllen sind. Es wäre sehr wohl denkbar, daß der Gesetzgeber absichtlich diese Fassung gewählt hat, um seiner Stellungnahme zur Streitfrage über die juristische Natur der Zug um Zug Leistung hier dahin Ausdruck zu verleihen, daß der aus dem Rücktritt Verpflichtete nur gegen Empfang der Gegenleistung zu erfüllen habe; tatsächlich verweisen auch die Motive[2]) auf die Vorschriften des preußischen Landrechts, wonach die Verpflichtungen bei der Wandelung wegen Mängel Zug um Zug zu erfüllen sind.

Allein, wie das Bürgerliche Gesetzbuch es ablehnte, über die Frage der juristischen Konstruktion des Rücktrittsrechtes überhaupt eine Entscheidung zu treffen, so wollte es auch durch die Bestimmung über die Zug um Zug Leistung keine theoretischen Probleme lösen. Aus der Entstehungsgeschichte der §§ 320 und 348 B.G.B. geht vielmehr hervor, daß auch im Falle des § 348 l. c. der Gesetzgeber dem Schuldner nichts anderes geben wollte als die Einrede der Zug um Zug Erfüllung. Während nämlich die dem 1. Entwurfe angehörige Bestimmung des § 362 aus redaktionellen Gründen gestrichen wurde, blieb der an § 362 sich anlehnende § 428 des 1. Entwurfes wenigstens insofern unverändert bestehen, als er von einer Verpflichtung zur Zug um Zug

[1]) A. A. Stammler S. 101.
[2]) Bd. 2 S. 282.

Leistung spricht; daß durch die Aufrechterhaltung des § 428 l. c. kein Gegensatz zu den übrigen Fällen der Zug um Zug Leistung geschaffen werden sollte, erhellt schon daraus, daß sowohl im 1. Entwurfe als auch in der jetzigen Fassung des Gesetzes die Bestimmungen über die Erfüllung des gegenseitigen Vertrags für analog anwendbar erklärt werden auf die Verpflichtungen aus dem Rücktritt. Wäre tatsächlich die Zug um Zug Leistung in § 348 B.G.B. rechtlich etwas anderes als die Einrede der Zug um Zug Leistung in § 320 l. c., dann hätte die Verweisung keinen Sinn.

II. Über die hier nicht näher zu behandelnde rechtliche Natur des Rücktrittsrechtes ist sich die Wissenschaft nicht einig. Während man auf der einen Seite[1]) lehrt, daß mit der Erklärung des Rücktrittes ein neuer Anspruch auf Rückgewähr des Geleisteten entstehe, geht man andrerseits[2]) von dem Grundsatze aus, daß die Rechtslage so zu behandeln sei, als ob die Parteien sich durch Vertrag zur Rückgewähr des Geleisteten verpflichtet hätten.

Für letztere Auffassung dürfte § 348 B.G.B. sprechen; denn er erklärt die Vorschriften über die Erfüllung des gegenseitigen Vertrages für anwendbar. Würde nämlich die gegenseitige Verpflichtung zur Rückgewähr als gesetzliches, gegenseitiges Schuldverhältnis anzusehen sein, so hätte das Gesetz, um die Einrede der Zug um Zug Erfüllung zu rechtfertigen, auf § 273 l. c. verweisen müssen.[3])

III. Von den Anwendungsfällen des Rücktrittsrechtes ist, abgesehen von dem gesetzlichen Rücktrittsrecht nach § 325, 326 B.G.B., das Recht der Wandelung bei dem Kauf- und Werkvertrage der wichtigste; daneben hat es statt bei allen Verträgen, die auf Veräußerung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind.[4])

---

[1]) Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. 2, 1 § 107 Abs. 5; Endemann, § 148 Nr. 2.

[2]) Planck S. 193 Bem. b.

[3]) siehe oben § 13 Ziffer 13.

[4]) § 493 B.G.B.

II. Die Verurteilung zur Zug um Zug Leistung.

A. Zuständigkeit.

1. Sachliche.

§ 15.

Wenn gegenüber der Leistungsklage die Einrede der Zug um Zug Erfüllung geltend gemacht wird, so hat sich die richterliche Tätigkeit nicht nur auf die Würdigung des Leistungsanspruchs sondern auch auf die Entscheidung über den Gegenanspruch zu erstrecken; denn wenn das Gericht letzteren für nicht begründet erachtet, muß es dem festgestellten Leistungsanspruch gegenüber der Klage stattgeben, anderenfalls aber die Verurteilung zur Zug um Zug Erfüllung aussprechen. Es liegt daher in dem Einredevorbringen auch eine Geltendmachung des Anspruchs.

Für derartige Fälle bestimmt hinsichtlich der sachlichen Zuständigkeit § 5 C.P.O., daß mehrere in einer Klage geltend gemachte Ansprüche zusammengerechnet werden, daß aber eine Zusammenrechnung des Gegenstandes der Klage und Widerklage nicht stattfindet. Nach dem Wortlaute dieser Vorschrift könnte es fraglich erscheinen, ob nicht Klage- und Einredeanspruch zusammengerechnet werden müssen, was nach Umständen zur Folge hätte, daß der bei einem Amtsgerichte anhängig gewordene Prozeß nach Erhebung der Einrede der Zug um Zug Leistung gemäß § 506 C.P.O. vor das Landgericht verwiesen werden müßte. Allein für die Berechnung des Streitwertes ist die Einrede der Widerklage gleichzustellen; denn dieselben gesetzgeberischen Motive, welche für die Ausschließung der Zusammenrechnung von Klage- und Widerklageanspruch sprechen, treffen auch zu für die getrennte Behandlung des Klage- und Einredeanspruchs. § 5 Halbsatz 2

C.P.O. ist daher auch für die Einrede der Zug um Zug Erfüllung anwendbar [1])

2. Örtliche.

§ 16.

Eine der wichtigsten Fragen auf dem Gebiete der Zug um Zug Leistung, welche bis jetzt die Praxis beschäftigt hat, ist die Frage, wo die einzelne Leistung zu erfüllen ist. Der Gedanke an die, sei es ursprünglich bereits vorhandene, sei es durch Urteil erst geschaffene Austauschpflicht der Vertragsteile hat mehrfach die Auffassung nahegelegt, daß die Zug um Zug Leistung notwendig die Identität der Erfüllungsorte für beide Leistungen bedinge. Diesen Standpunkt, wie er in der Literatur [2]) überwiegend vertreten wird, teilt auch die Rechtsprechung. [3]) De lege ferenda könnte man nun allerdings den Grundsatz vertreten, daß die Zug um Zug Leistung ein realer Austausch von Gütern sein müsse, der sich dadurch vollzieht, daß der eine Teil die geschuldete Leistung hingibt und vice versa die Gegenleistung dafür entgegennimmt, also bildlich gedacht, mit der einen Hand leistet, mit der anderen empfängt. Daß bei einem derartigen Umsatzmodus die beiderseitigen Leistungen nicht nur zu gleicher Zeit sondern auch am gleichen Orte vollzogen werden müssen, ergibt sich aus der Natur der Sache. Allein diese primitive Verkehrsform mag zu einer Zeit gerechtfertigt gewesen sein, wo das Mißtrauen des fremden Händlers gegen den eingesessenen Abnehmer ebenso berechtigt war, wie die äußerste Vorsicht der Volksgenossen im Verkehr untereinander, wo der Fremde rechtlos und der Einheimische zur Durchsetzung seiner Ansprüche auf seine Fäuste angewiesen war.

---

[1]) vgl. Gaupp-Stein § 2 Anm. 2; Makower Anhang zu § 377, 4c. Umgekehrt darf natürlich der Streitwert auch nicht aus der Differenz des Klage- und Einredeanspruchs berechnet werden.

[2]) Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. 2, 2 § 186 III 4; Endemann S. 996 A. 43 S. 771 A. 14; Planck § 467 Erl. 2 f.; eine Zusammenstellung gibt Oertmann in der Zeitschr. f. Rechtspflege in Bayern, 1. Jahrg. S. 47.

[3]) Entsch. d. O.L.G. Breslau vom 2. März 1903 und Stuttgart vom 20. Nov. 1902 in Rechtspr. d. O.L.G. Jahrg. 1903 S. 380; ferner R.G. vom 16. Juni 1903 in der jur. Wochenschr. Jahrg. 1903 Anhang S. 95.

Unsere heutigen Verkehrsverhältnisse dagegen ertragen eine solche Gebundenheit nicht: es wäre in vielen Fällen äußerst unwirtschaftlich, in manchen geradezu undenkbar, für die Leistung und Gegenleistung einen gemeinschaftlichen Erfüllungsort gesetzlich festzulegen. De lege lata ist dies auch nicht anzunehmen. § 320 B.G.B. schließt die Zug um Zug Leistung begrifflich nur dann aus, wenn die beiderseitigen Leistungen nicht zu gleicher Zeit zu erfüllen sind, nicht aber dann, wenn der Leistungsort ein verschiedener ist. Hätte das Gesetz die Gemeinschaftlichkeit des Erfüllungsortes als Essentiale der Zug um Zug Leistung angesehen, so hätte es das Weigerungsrecht des Schuldners nicht nur für den Fall, daß er vorzuleisten verpflichtet ist, ausschließen müssen, sondern auch dann, wenn die Leistung nicht an dem Orte bewirkt werden kann, wo er die Gegenleistung anzusprechen hat.[1])

Für das preußische allgemeine Landrecht mag sich ja der gegnerische Standpunkt noch verteidigen lassen, nicht aber für das gegenwärtig geltende Recht; denn das Allgem. Landrecht versteht unter Leistung Zug um Zug eine positive Austauschpflicht, das Bürgerliche Gesetzbuch aber lediglich eine einredebehaftete Leistungspflicht. Aber selbst zugegeben, daß das landrechtliche Prinzip der Einheitlichkeit des Erfüllungsortes noch in Geltung wäre, welche der Leistungen ist dann für den Erfüllungsort die bestimmende? Solange diese Frage vom Gesetze nicht beantwortet ist, bleibt der Willkür Tür und Tor geöffnet; daraus aber, daß das Gesetz schweigt, geht mit Deutlichkeit hervor, daß diese Frage überhaupt nicht beantwortet zu werden braucht, d. h. daß es bei den gewöhnlichen Regeln über den Erfüllungsort verbleibt.

Man denke z. B. an folgenden Fall: A in Berlin verkauft an B in München ein Reitpferd um 2000 Mk.; Erfüllungsort für A ist nach § 269 B.G.B. Berlin, für B nach § 270 Abs. 1 und 4 l. c. München. Auf die Weigerung des A hin, das Pferd zu liefern, erhebt B Klage gegen A in Berlin. Stützt sich nun A auf die Einrede der Zug um Zug Leistung nicht, dann ändert sich an den beiderseitigen Erfüllungsorten nichts, verzichtet er aber auf sein Einrederecht nicht, so soll nach der herrschenden Lehre auch der Erfüllungsort für

[1]) Nicht umsonst definiert § 362 des 1. Entw. die Zug um Zug Leistung als wechselseitige Erfüllung „zu gleicher Zeit".

B Berlin sein. Warum, weil seine Schuld eine Geldschuld ist,[1]) oder weil in Berlin zuerst geklagt wurde? Verkauft aber B das von A gelieferte Pferd an C in Stuttgart weiter, wo sich ein von A zu vertretender Gewährfehler zeigt, so daß B Wandelung hinsichtlich des ihm von C zurückgeschlagenen Pferdes verlangen kann, wo muß er den A verklagen, in Berlin, wo der Erfüllungsort für den Herausgabeanspruch der 2000 Mk. ist, oder in Stuttgart, wo das Pferd noch steht, oder in München, wo die Verpflichtung zur Zurückgabe des Pferdes zu erfüllen ist? Diese Frage kann nach der herrschenden Lehre überhaupt nicht beantwortet werden, solange nicht feststeht, ob einer der Beteiligten die Einrede der Zug um Zug Erfüllung geltend macht.

Eine befriedigende Lösung ergibt sich nur dann, wenn man von der Selbständigkeit der beiderseitigen Schuldverhältnisse ausgeht; der Erfüllungsort ist und bleibt dann für jeden Vertragsteil dort, wo er zur Zeit der Entstehung der Schuldverhältnisse seinen Wohnsitz hatte. Der Einfluß der Einrede der Zug um Zug Erfüllung auf den Gerichtsstand zeigt sich nur insofern, als der durch den Erfüllungsort der einen Leistung begründete Gerichtsstand durch die Geltendmachung der Einrede, ebenso wie durch Erhebung der Widerklage, auch zur Entscheidung über den der Einrede zugrunde liegenden Anspruch kompetent wird; dies ist aber nicht in dem Sinne zu verstehen, als ob dadurch der allgemeine Gerichtsstand oder der des Erfüllungsortes ausgeschlossen würde; diese bleiben vielmehr nach wie vor bestehen, unsere Civilprozeßordnung kennt keinen ausschließlichen Gerichtsstand des Austauschortes.

Die hier vertretene Ansicht führt praktisch zu keinen größeren Schwierigkeiten als die gegnerische Lehre. Die Beteiligten, zwischen denen ein persönlicher Austausch der geschuldeten Leistungen wegen der Verschiedenheit des Erfüllungsortes nicht möglich ist, können zum Zwecke der gleichzeitigen Entgegennahme des Leistungsinhalts Mittelspersonen, Treuhänder, bevollmächtigte Vertreter aufstellen. Wenn auch dies untunlich ist, dann sind für die Art und Weise, wie die Leistungen Zug und Zug zu bewirken sind, nach § 242 B.G.B. die Anforderungen von Treu und Glauben, sowie die Verkehrssitte maßgebend.

---

[1]) Seufferts Archiv Bd. 46 Nr. 37.

Der Verkehr hat sich hier durch mannigfache Usancen selbst geholfen; ein besonders häufiger Fall der Zug um Zug Leistung ist die Versendung gegen Nachnahme,[1]) die in vielen Fällen vertragsgemäß vereinbart wird, in manchen aber auch als stillschweigend vereinbart vorausgesetzt wird. Hier ist der eine Teil verpflichtet, die Nachnahmesendung gegen Barzahlung des Geldbetrages anzunehmen; fehlt jedoch eine derartige Vereinbarung, so ist der Gegner nicht gebunden, die Zusendung unter Nachnahme des Preises anzunehmen, weil ihm vor der Bezahlung des Preises das Recht zusteht, die Ware auf ihre vertragsmäßige Beschaffenheit zu untersuchen.

Was im Detailhandel Nachnahme des Kaufpreises ist, das bedeutet im Großhandel die Klausel „Kassa gegen Verladungsdokumente". Auch hier werden dem Käufer die über die Verladung der Ware ausgestellten Urkunden, z. B. Konossemente, Ladescheine, welche ihm die rechtliche Möglichkeit geben, über die auf dem Transport befindlichen Güter zu verfügen, nur gegen Bezahlung des Kaufpreises ausgehändigt.[2])

B. Klagestellung.

1. Klageantrag.

§ 17.

I. Es ist eine Eigentümlichkeit der Einrede der Zug um Zug Erfüllung, daß in allen Fällen, in denen sie gegeben ist, der ihr zugrunde liegende Tatbestand gleichzeitig einen Anspruch[3]) neben der Einrede begründet. Sache der Beteiligten ist es, zu wählen, in welcher Form sie die ihnen zustehenden Rechte ausüben wollen; entschließt sich der Schuldner der Klage des Gläubigers gegenüber für die selbständige Verfolgung seines Anspruchs mittels Klage oder Widerklage, dann bilden den Prozeßgegenstand die beiden voneinander unabhängigen Ansprüche. Benützt er aber den gegebenen Tatbestand als Einrede, dann macht er nicht sein Recht auf den Anspruch, sondern sein Recht auf ein konstitutives Urteil geltend. Prozeßgegenstand ist

---

[1]) Hierher zählt in gewissem Sinne auch der Postauftrag.
[2]) Cosack, Lehrb. d. Handelsr. S. 183.
[3]) Im Sinne des § 194 B.G.B.

dann nicht mehr Leistung und Gegenleistung, sondern nur das Recht auf das Austauschurteil.

II. Es unterliegt daher[1]) der Verfügungsmacht der Beteiligten, ob sie die Hilfe des Gerichtes in Anspruch nehmen wollen zur selbständigen Entscheidung über beide Leistungspflichten oder zur Schöpfung eines neuen, letztere in sich auffaugenden Rechtes. Welche prozessuale Rolle dabei der einzelne Beteiligte spielt, ist gleichgültig; denn wie der Beklagte sich für das eine oder andere Recht durch Gebrauch bezw. Nichtgebrauch der Einrede entscheiden kann, so darf es auch dem Kläger, insbesondere in Rücksicht auf die Kostenfrage nicht verwehrt sein, im vornherein statt auf Leistung, auf Zug um Zug Leistung zu klagen. Das ergibt sich aus der Doppelstellung, die bei der Zug um Zug Erfüllung der einzelne als Gläubiger und Schuldner zugleich einnimmt.

III. Das Klagerecht auf ein Austauschurteil ist versagt bei Klagen auf künftige Leistungen; denn nach § 257 C.P.O. sind diese nur zulässig, wenn die geltend gemachte Geldforderung von keiner Gegenleistung abhängig ist. Ob das Abhängigkeitsverhältnis ein synallagmatisches oder konnexes ist, macht dabei keinen Unterschied. Lediglich bei dem auf dem Quittungsanspruche und ähnlichen Rechten beruhenden Zurückbehaltungsrechte[2]) bleibt es bei der allgemeinen Regel der Zulässigkeit von Klagen auf künftige Leistung; denn hier ist der Anspruch auf Geldleistung nicht abhängig von der Ausstellung einer Quittung.[3])

Da die funktionelle Abhängigkeit der wechselseitigen Erfüllungspflichten erst durch das zum Austausch verpflichtende Urteil geschaffen wird, so wäre die Vorschrift des § 257 C.P.O. illusorisch, wenn es nicht schon genügte, daß aus dem dem Gerichte vorliegenden Material die Zulässigkeit der Einrede der Zug um Zug Erfüllung hervorgeht.[4]) Solange daher nach der Klagebegründung die Möglichkeit des Einredevorbringens nicht ohne weiteres ausgeschlossen ist, ist es Sache des Gläubigers, zu beweisen, daß wegen bereits erfolgter Gegenleistung

---

[1]) Im Gegensatze zum preußischen und teilweise auch römischen Rechte; Impensen konnten z. B. im letzteren nur im Wege der exceptio, nicht aber mit selbständiger actio geltend gemacht werden; vgl. Stammler S. 103.

[2]) Hierüber s. oben § 11 II, 2.

[3]) Näheres bei Busch in der deutschen Juristenzeitung Jahrg. 1902 S. 305.

[4]) Ebenso Gaupp-Stein § 688 Bem. 5.

für die Einrede der Zug um Zug Erfüllung kein Platz mehr ist. Hier haben wir also einen Fall, wo der Nachweis der Vorleistung, wie im preußischen Rechte, zur Klagebegründung gehört.[1])

2. Rechtshängigkeit.

§ 18.

Ob die Einrede der Zug um Zug Leistung, im Prozesse vorgeschützt, die Rechtshängigkeit des der Einrede zugrunde liegenden Anspruchs herbeiführt, diese Frage ist in der Civilprozeßordnung nicht beantwortet. Ein ähnliches Problem, die Litispendenz der Kompensationseinrede, bildete schon in der gemeinrechtlichen Literatur den Gegenstand eingehender Untersuchungen, die für die hier zu lösende Frage vielfach vorbildlich sein können. Wie Dernburg[2]) für die Kompensationseinrede in Rücksicht auf die Gefahr widersprechender Entscheidungen den Satz verteidigt, daß mit dem Momente der Einreichung der Replik eine Art von Litispendenz über die Kompensationseinrede eintritt, so muß auch für die Einrede der Zug um Zug Erfüllung als Prozeßwirkung der Eintritt der Rechtshängigkeit beider Ansprüche gefordert werden.

Klagegegenstand ist ja in diesem Falle nicht das Recht auf Leistung, sondern das beiden Parteien gleichmäßig zustehende Recht auf ein konstitutives Urteil, das den Kläger wie den Beklagten zum Austausch der wechselseitig geschuldeten Leistungen verpflichtet. Rechtshängig wird also primär das Recht auf Urteil und mit ihm erst die beiden den Gegenstand des Urteils bildenden Erfüllungspflichten. Dabei kann nicht mehr unterschieden werden, wer von den Beteiligten die Klage erhoben hat; das würde zu der unhaltbaren Folgerung führen, daß die rechtshängige Austauschpflicht zwischen A und B anderweitig nicht anhängig gemacht werden kann, während nichts im Wege stünde, die Austauschpflicht zwischen B und A, was doch ganz dasselbe ist, zum Gegenstand eines neuen Prozesses zu machen. Schon wegen der Möglichkeit entgegengesetzter Erkenntnisse wird dieses Resultat abzulehnen sein.

---

[1]) Dieselben Grundsätze gelten für das Mahnverfahren nach § 688 Abs. 2 C.P.O.

[2]) Kompensation S. 537 f.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß § 263 C.P.O. als Voraussetzung für den Eintritt der Rechtshängigkeit Klageerhebung erfordert; es wird später zu beweisen sein,[1]) daß in dieser Beziehung die Einrede der Zug um Zug Leistung der Klage gleichzustellen ist.

Das Reichsgericht[2]) hat sich nun allerdings hinsichtlich der Kompensationseinrede auf den entgegengesetzten Standpunkt gestellt und denselben damit begründet, daß § 293 Abs. 2 der alten C.P.O. eine Ausnahme von der in Abs. 1 daselbst aufgestellten Regel enthalte und daher nicht durch extensive Interpretation auf die Litispendenz angewendet werden dürfe. Es mag dahin gestellt bleiben, ob nicht das R.G. das Verhältnis des Abs. 2 zu Abs. 1 des § 293 l. c. etwas zu formalistisch aufgefaßt hat; nicht darin liegt das Ungewöhnliche der Kompensationseinrede, daß die Entscheidung über die ihr zugrunde liegende Gegenforderung der Rechtskraft fähig ist, sondern darin, daß durch die Einrede der Gegenforderung, ebenso wie durch die der Zug um Zug Leistung, ein Anspruch der richterlichen Würdigung unterstellt wird, der für sich allein nur durch Klage geltend gemacht werden könnte. Daß die Entscheidung über die Gegenforderung rechtskräftig wird, ist keine Abweichung von allgemeinen Prozeßprinzipen, sondern beruht auf dem Gedanken, daß über einen von einer Prozeßpartei vorgebrachten Anspruch kontradiktorisch verhandelt und entschieden worden ist; das Eigentümliche besteht in dem Umstande, daß der Richter zum Gegenstande seines Urteils einen Anspruch machte, der ihm nicht durch Klage oder Widerklage vorgetragen wurde. Diese richterliche Befugnis, bei der Einrede der Zug um Zug Erfüllung über beide Ansprüche zu entscheiden, ist nicht den Vorschriften der Civilprozeßordnung zu entnehmen, sondern geht aus §§ 274, 322 B.G.B. hervor.

Mögen also die vom Reichsgericht vertretenen Grundsätze seiner Zeit Rechtens gewesen sein oder nicht, für die Einrede der Zug um Zug Leistung können sie jedenfalls keine Geltung beanspruchen; denn hier setzt die Rechtskraftsfähigkeit des Einrederechtes notwendig die Rechtshängigkeit desselben voraus. Die Zusammengehörigkeit beider Forde-

---

[1]) s. unten § 22.

[2]) Entsch. Bd. 6 S. 432, Bd. 16 S. 375 ff.; ebenso die herrschende Meinung in der Literatur; Hellwig § 27 A. 30.

rungen ist bei der Zug um Zug Leistung auch prozeßtechnisch eine viel engere, als bei der Kompensation; das erhellt schon daraus, daß bei letzterer die Entscheidung über die Gegenforderung in die Urteilsgründe verwiesen werden konnte, während bei ersterer der Urteilstenor Leistung und Gegenleistung genau bezeichnen muß.

C. Beweislast.

§ 19.

I. Macht der Beklagte die Einrede der Zug um Zug Leistung im Prozesse geltend, so hat er lediglich deren formelle Zulässigkeit, d. i. das Vorhandensein konnexer bezw. synallagmatischer Gebundenheit zu beweisen, wogegen es Sache des Klägers ist, replicando den Nachweis zu führen, daß er den Beklagten wegen seines Gegenanspruches befriedigt habe oder daß der Beklagte vorzuleisten verpflichtet ist.[1]) Dies wurde in § 366 des 1. Entwurfes ausdrücklich bestimmt, nach der Fassung des jetzigen § 320 B.G.B. hinsichtlich der Einrede des nicht erfüllten Vertrages aber als entbehrlich weggelassen. Die gleichen Regeln gelten für das Zurückbehaltungsrecht; denn die in § 273 l. c. gewählte Diktion, „sofern nicht der Inhalt des Schuldverhältnisses ein anderes ergibt", ist nur ein im Interesse der Deutlichkeit eingefügter Zwischensatz, der die in § 234 des 1. Entwurfes enthaltene Verweisung auf § 364 a. a. O. ersetzen soll.[2])

Nur in einigen Fällen geht die dem Kläger obliegende Beweislast auf den Beklagten über, so wenn er nach § 363 B.G.B. eine ihm als Erfüllung angebotene Leistung als Erfüllung angenommen hat, die Leistung aber deswegen nicht als Erfüllung gelten lassen will, weil sie eine andere als die geschuldete Leistung oder weil sie unvollständig gewesen sei, oder wenn er nach § 442 l c. beim Kaufe den Mangel der Rechtsverschaffung rügt.

II. Eine Verschiebung der Beweislast soll nach der Ansicht Staudingers[3]) auch im Falle des § 322 Abs. 2 l. c. insofern eintreten,

---

[1]) Motive Bd. 2 S. 204.

[2]) Protokolle Bd. 1 S. 312.

[3]) § 322 Erl. 2, 2; ebenso Dietrich in der deutschen Juristenzeitung, Jahrg. 1904 S. 1078.

als der Kläger zu beweisen habe, daß er vorgeleistet habe, oder daß der Gegner in Verzug der Annahme gekommen sei. Aus den Grundsätzen über die Zug um Zug Leistung kann weder das eine noch das andere gefolgert werden, weil es sich hier begrifflich um eine Vor- und Nachleistung und nicht um eine Zug um Zug Leistung handelt. Lediglich der Zusammenhang mit den vorausgehenden Bestimmungen über die Einredewirkungen rechtfertigt den Schluß, daß auch im Falle des § 322 Abs. 2 l. c. die Beweislast sich nach den besonderen Regeln der Zug um Zug Erfüllung richtet. Während nämlich diese Gesetzesstelle bestimmt: Hat der klagende Teil vorzuleisten, so kann er, wenn der andere Teil im Verzug der Annahme ist, auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung klagen, stellt Abs. 1 positiv ausgedrückt, den Grundsatz auf: Hat der klagende Teil zu gleicher Zeit zu leisten, so kann er auf Leistung gegen Empfang der Gegenleistung klagen. Der Unterschied zwischen beiden Fällen besteht also nur darin, daß das Urteil im Falle des Abs. 1 auf Leistung *gegen* Empfang der Gegenleistung, im Falle des Abs. 2 aber auf Leistung *nach* Empfang der Gegenleistung zu lauten hat.

Wie nun der Kläger dort nicht schon als Klagebegründung, sondern erst als Replik auf die Einrede des Beklagten hin behaupten und beweisen muß, daß er bereits geleistet habe, oder daß der Beklagte vorzuleisten habe, so gehört auch hier der Beweis des gegnerischen Annahmeverzugs bezw. des Vollzugs der eigenen Leistung nicht zu den Klagevoraussetzungen, sondern es genügt, daß derselbe replicando gegen die Einwendung des Beklagten, der Kläger sei zur Vorleistung verpflichtet, geführt wird. Gelingt dieser Beweis nicht, so ist die Klage als verfrüht abzuweisen.[1])

III. Der Umstand, daß der Beklagte nicht die Beweislast des Einredevorbringens zu tragen habe, wurde von *Endemann* als Argument gegen die Einredenatur der Zug um Zug Erfüllung verwertet. M. E. mit Unrecht; denn die Einrede der Zug um Zug Leistung erklärt nicht das klägerische Leistungsbegehren als schlechthin undurchführbar — hierfür wäre der Beklagte beweispflichtig — sondern hält dem Kläger nur entgegen, daß auch er seinerseits zu einer Leistung verpflichtet sei; zu diesem Zwecke genügt der Nachweis, daß der An-

[1]) s. ferner oben § 17 am Schlusse.

spruch des Klägers auf einem gegenseitigen Vertrage oder demselben Rechtsverhältnisse beruhe, aus welchem auch für den Beklagten Ansprüche gegen den Kläger erwachsen seien. Erst wenn dieser Einwand durch die Replik der klägerischen Erfüllung entkräftet ist, hört das Weigerungsrecht des Beklagten auf; dieses außer Wirksamkeit zu setzen, ist daher Sache des Klägers.[1])

D. Urteil.

1. Inhalt.

§ 20.

Je nachdem der Beklagte den Einredetatbestand zur Erhebung der Klage bezw. Widerklage oder zur Geltendmachung der Einrede der Zug um Zug Leistung benützt, hat das Urteil verschiedenen Charakter; in ersterem Falle ist es deklarativer Natur, d. i. die bereits bestehenden Forderungsrechte werden als materiell begründet erklärt, in letzterem Falle hat es rechtsschöpferische Kraft, d. i. es wird ein bis jetzt noch nicht bestehendes Recht geschaffen, nämlich das Recht auf Austausch der beiderseitigen Leistungen.

Das Austauschurteil hat also in erster Linie einen positiven Inhalt, und zwar in doppelter Beziehung.

1. Da der Einredetatbestand in diesen Fällen stets auch einen Anspruch begründet, und das Gesetz durch Zuerkennung eines Anspruches das Recht zu erfolgreicher gerichtlicher Geltendmachung desselben gewährleistet,[2]) so wird durch die prozessuale Verwertung dieses Tatbestandes nicht nur die Einrede sondern auch der Anspruch der richterlichen Entscheidung unterstellt. Nun hat aber ein derartiges Parteivorbringen nicht allein den Zweck der Rechtsverteidigung sondern auch den der Rechtsverfolgung; die Folge davon ist, daß das Gericht seine Entscheidung auf Anspruch und Gegenanspruch erstrecken muß.

---

[1]) Stammler S. 98 f.; Crome Bd. 2 § 169 A. 15 f.; Matthias Bd. 1 § 86 II Bem. 4.

[2]) vgl. Endemann § 86 A. 6.

2. Würde sich in diesem Resultate der Inhalt des Urteils erschöpfen, so hätte man zur Erreichung desselben nicht den komplizierten Weg der Einrede gebraucht; es hätte die Widerklage genügt. Allein die beiden Ansprüche bleiben nicht, wie bei letzterer, selbständig nebeneinander bestehen; das Austauschurteil — und darin besteht seine konstitutive Wirkung — verbindet vielmehr dieselben zu einer funktionellen Abhängigkeit, so daß die Erfüllungspflicht des einen Teiles die Erfüllung bezw. Erfüllungsbereitschaft des anderen Teiles voraussetzt.

Daneben zeigt das Austauschurteil auch negative Wirkungen, die aber nicht offen hervortreten. Wie alle Einreden, so setzt auch die Einrede der Zug um Zug Erfüllung ein Recht in Kraft, durch welches die erfolgreiche Geltendmachung eines Anspruches ausgeschlossen wird; obwohl in unserem Falle der Klageanspruch gar nicht bestritten wird, wird demselben in der Form, wie er geltend gemacht wurde, nicht stattgegeben, er wird zwar nicht ausdrücklich zurückgewiesen, sondern durch das Urteil stillschweigend übergangen.

Durch diese prozessualen Wirkungen unterscheidet sich die Einrede der Zug um Zug Erfüllung wesentlich von allen übrigen Einreden; denn der Beklagte, der sich einer Einrede zur Geltendmachung eines Gegenrechtes bedient, ohne gleichzeitig Widerklage zu erheben, verlangt Zurückweisung des Gegenanspruchs, nicht Zusprechung eigenen Rechtes.[1]) Anders bei der Einrede der Zug um Zug Erfüllung; hier wird die eigene Leistungspflicht des Einredeberechtigten gar nicht in Frage gestellt, das Ziel der Einrede ist die gleichzeitige Erfüllung der Gegenleistung, diese soll durch die Einrede erzwungen werden. Während also die angestrebte Wirkung bei den übrigen Einreden eine rein negative d. i. Zurückweisung des Klageanspruchs ist, bezweckt die Einrede der Zug um Zug Leistung hauptsächlich ein positives Resultat d. i. gleichzeitige Zuerkennung eines Auspruchs an den Einredeberechtigten.

Diese Einredewirkungen werden in Abrede gestellt von Oertmann[2]), welcher auch für die Zeit nach Erlassung des Austauschurteils an der Selbständigkeit der beiderseitigen Leistungen festhält; doch dürfte die Begründung für diese Anschauung, daß die vertretene Auffassung durch die positiven Sätze des Bürgerlichen Gesetzbuches weder

[1]) Motive Bd. 1 S. 363.

[2]) In Zeitschr. für Rechtspfl. in Bayern 1. Jahrg. S. 13.

erfordert noch irgendwie nahegelegt würde, nach dem Wortlaute der § 274 und 322 B.G.B. kaum haltbar sein. Oertmann selbst verweist auf die Schwierigkeiten, die der Annahme fortbestehender, selbständiger Verpflichtungen im Stadium der Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften der §§ 756, 765 C.P.O. entgegenstehen; denn ein selbständiger Anspruch ist doch wohl dann nicht mehr gegeben, wenn dessen Vollstreckung von der von Amtswegen zu berücksichtigenden Vorleistung des Gläubigers abhängig ist.

2. Verhältnis zur Widerklage.

§ 21.

Die prozessualen Voraussetzungen und Wirkungen der Einrede der Zug um Zug Erfüllung nähern sich praktisch denen der Widerklage. Wie diese dadurch bedingt ist, daß sie mit der Klage in demselben rechtlichen Verhältnisse ihre tatsächliche Begründung findet,[1]) so verlangt auch die Einrede der Zug um Zug Leistung das Bestehen konnexer Schuldverhältnisse. Beide sind nicht an die Form der Klageerhebung nach § 253 C.P.O. gebunden, beide können ohne Einwilligung des Gegners in der Berufungsinstanz nicht mehr geltend gemacht werden; denn § 529 Abs. 2 C.P.O. schließt die Erhebung neuer Ansprüche aus; unter „neuem Anspruch" ist aber ein bisher noch nicht gestelltes, nur zum Zwecke der Aburteilung durch den Richter vorgebrachtes Verlangen zu verstehen, gleichviel in welcher Form es erhoben wird[2]). Auch die Wirkungen beider Prozeßhandlungen decken sich insofern, als auf beide ein Urteil ergeht, das über Anspruch und Gegenanspruch entscheidet.

Dadurch wird aber die Einrede der Zug um Zug Leistung noch keineswegs zur Widerklage. Dies tritt schon äußerlich durch die Form des Urteilstenors hervor. Dort wird der Beklagte zur Leistung gegen Empfang der Gegenleistung verurteilt, hier jeder der Prozeßgegner zur Leistung schlechthin; die nicht begründete Widerklage wird ausdrücklich abgewiesen, die zu Unrecht vorgeschützte Einrede erscheint im Urteils-

---

[1]) Entsch. d. R.G. Bd. 25 S. 398.

[2]) Jur. Wochenschr. Jahrg. 1900 S. 874 Nr. 9; a. A. Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. 2, 1 § 57 A. 9; Seuffert, Erl. 2b zu § 529.

tenor nicht. Die Zwangsvollstreckung ist in dem einem Falle selbstständig, in dem anderen von der Gegenleistung abhängig.

Der Hauptunterschied besteht jedoch darin, daß die an sich den Wirkungen der Klageerhebung[1]) gleichkommenden Folgen des prozessualen Einredevorbringens *resolutiv bedingt* sind durch die Anhängigkeit des Klageanspruches; denn der auf die Einrede sich berufende Beklagte will nur für den Fall, daß er durch Urteil zu einer Leistung an den Kläger gezwungen werden sollte, auch diesen durch das gleiche Urteil zu der ihm obliegenden Gegenleistung verpflichtet wissen. Nicht weil der *Kläger* eine Leistung *schuldet*, sieht sich der Beklagte zur Geltendmachung dieses Leistungsanspruchs veranlaßt, sondern weil der *Kläger* seine, des Beklagten, Leistung *fordert*, obwohl er selbst Schuldner des Beklagten ist. Solange daher der Kläger auf seinem einseitigen Leistungsbegehren bestehen bleibt, verlieren auch die Einredewirkungen nicht ihre Kraft, in dem Momente aber, wo der Kläger z. B. von seinem Verlangen durch Klagezurücknahme Abstand nimmt, erlöschen auch die Folgen der Einrede; die durch letztere bewirkte Unterbrechung der Verjährung, die Litispendenz gilt als nicht eingetreten. Jetzt ist nämlich der Grund entfallen, der den Beklagten zur Geltendmachung der Einrede bewog; weil der Kläger nicht mehr fordert, fordert auch er nicht mehr.

Während also bei der Widerklage, auch wenn der Klageanspruch zurückgewiesen wird, trotzdem über den durch dieselbe geltend gemachten Gegenanspruch ein richterliches Erkenntnis gefällt wird, ist bei der Einrede der Zug um Zug Leistung kein Platz mehr für eine gerichtliche Entscheidung über den Einredeanspruch, wenn der Klage nicht stattgegeben wurde.

3. Rechtskraft.

§ 22.

In der Literatur und den Gesetzesmaterialien findet man übereinstimmend die Anschauung vertreten, daß auf Grund eines Austauschurteiles nur derjenige die Vollstreckung betreiben könne, welcher in dem vorausgehenden Prozesse die Rolle des Klägers gespielt habe,

[1]) Z. B. Rechtshängigkeit, Unterbrechung der Verjährung usw.

und daß zur Erlangung eines vollstreckbaren Titels für den Beklagten die Erhebung einer Widerklage erforderlich sei. Begründet wird diese Ansicht zumeist damit, daß ein mittels Einrede geltend gemachter Anspruch lediglich die Abwehr der erhobenen Klage bezweckt. Diese Begründung wäre für die übrigen Einreden zweifellos richtig, trifft aber für die Einrede der Zug um Zug Erfüllung nicht zu; denn[1]) darin liegt eben das Wesen dieser Einrede, daß sie nicht nur Abweisung der reinen Leistungsklage sondern auch Zuerkennung des eigenen Anspruchs anstrebt und bewirkt. Hätte das Gesetz einen anderen Standpunkt einnehmen wollen, dann hätte es auch der Einrede der Zug um Zug Leistung die gewöhnliche Einredewirkung d. i. die Zurückweisung der Klage beilegen müssen. Nachdem aber die Wirkung der Einrede in der judikatsmäßigen Schaffung einer Austauschpflicht besteht, so kann sich die Rechtskraft des konstitutiven Urteils nicht einseitig bloß auf die Austauschpflicht, soweit sie den Beklagten in Mitleidenschaft zieht, erstrecken, im übrigen aber die Leistungspflicht des Klägers in Schwebe lassen; wäre dies der Fall, so handelte es sich um ein bloßes Leistungsurteil, das aber nach der Fassung des § 274 B.G.B. ausgeschlossen ist.[2])

Jedenfalls hat die Einrede der Zug um Zug Erfüllung, ähnlich der gemeinrechtlichen Kompensationseinrede das Charakteristische, „daß über einen von dem Beklagten *vorgebrachten* und der richterlichen Beurteilung unterstellten, zwischen den Parteien verhandelten Rechtsanspruch eine richterliche Entscheidung vorliegt".[3]) Mit Recht macht *Dernburg*[4]) darauf aufmerksam, daß die Lage der Parteien eine ungleiche würde, wenn der bei Gelegenheit der Gegenforderung gefällte Spruch dem Kläger zwar von Nachteil werden könnte, wenn er sich aber auf das ihm günstige Erkenntnis zu berufen nicht imstande wäre.

Daß auch der Ausspruch über die Gegenleistung der Rechtskraft fähig ist, beruht auf demselben Gedanken, welcher den Gesetzgeber in § 322 Abs. 2 C.P.O. veranlaßt hat, der Entscheidung, daß die Gegenforderung nicht besteht, bis zur Höhe des Betrages, für welchen die Aufrechnung geltend gemacht worden ist, Rechtskraftfähigkeit beizulegen;

---

[1]) vgl. oben § 20.

[2]) „Der Schuldner ist zur Leistung gegen Empfang der ihm gebührenden Leistung zu verurteilen."

[3]) *Dernburg*, Kompensation S. 544 A. 2.

[4]) u. a. O. S. 545.

denn hier wie dort muß das Gericht den Rechtsbestand und Umfang sowohl der Forderung als auch der Gegenforderung prüfen, um über die Zulässigkeit der Aufrechnung bezw. Einrede entscheiden zu können. Ohne diese Vorschrift würde durch das Urteil nur über die Forderung rechtskräftig entschieden; lediglich aus praktischen Gründen wollte man verhindern, daß über die Gegenforderung nochmals ein Urteil gefällt werden muß, obwohl bereits in einem anderen Prozesse deren Nichtbestehen festgestellt worden ist.

Eine sinnverwandte Bestimmung auch für die Einrede der Zug um Zug Erfüllung zu erlassen, war für den Gesetzgeber nicht notwendig, weil ein Urteil begrifflich nicht denkbar ist, das eine Austauschpflicht normiert ohne beide, die Grundlage des Tausches bildenden Leistungen zu umfassen. Daraus ergibt sich für die Einrede die Besonderheit,[1]) daß sie eine Erweiterung des Streitgegenstandes insofern herbeiführt, als sich das Urteil nicht nur auf die Abweisung der Klage, sondern auch auf die Zuerkennung des Gegenrechtes erstreckt.

E. Vollstreckung.

§ 23.

Das charakteristische Merkmal der Zug um Zug Leistung, wie es das preußische Landrecht für dieses ganze Rechtsinstitut eingeführt hatte, zeigt sich in unserem Rechte erst im Vollstreckungsverfahren. Hier braucht sich der Schuldner dem Exekutionsorgan gegenüber nicht darauf zu berufen, daß er nur zur Zug um Zug Leistung verpflichtet sei, sondern es ist Sache des Gläubigers, durch öffentliche Urkunden nachzuweisen, daß der Schuldner befriedigt ist.[2]) Gelingt dieser Beweis nicht, dann darf der Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung nicht beginnen, wenn er nicht namens seines Auftraggebers zur Gegenleistung bereit ist und diese in einer den Verzug der Annahme begründeten Weise dem Schuldner angeboten hat.

---

[1]) Zu dem gleichen Resultat gelangt Planck, Lehrb. des Zivilproz. Bd. 1 § 53 Ziff. 5 für die Einrede des Gegenrechtes.

[2]) Nach § 756, 765 C.P.O. Diese Bestimmungen beziehen sich nicht auf die Vollstreckungsklausel, deren Erteilung von dem in den allegierten Paragraphen geforderten Nachweise nur dann abhängig ist, wenn die dem Schuldner obliegende Leistung in der Abgabe einer Willenserklärung besteht. vgl. § 726 Abs. 2 C.P.O.

Was also das preußische Landrecht als Klagebegründung erforderte, verlangt das Bürgerliche Gesetzbuch erst als Vollstreckungsvoraussetzung; schon daraus geht hervor, daß die Verpflichtung zur Zug um Zug Erfüllung erst durch Urteil geschaffen wird.

Dem Nachweise der Befriedigung des Schuldners steht der Nachweis gleich, daß dieser nach Erlaß des Urteils in Annahmeverzug geraten sei; wenn der Schuldner vor der Verurteilung zur Leistung gegen Empfang der Gegenleistung durch Verweigerung der Annahme der Gegenleistung die Erfüllung Zug um Zug vereitelt, so hebt dies Verhalten das Einrederecht nicht auf. Dagegen darf ihm nicht die Möglichkeit geboten werden, durch Nichtannahme der Gegenleistung den urteilsmäßigen Austausch zu verhindern; § 274 Abs. 2 B.G.B. hat daher das Austauschprinzip dahin modifiziert, daß der Gläubiger auf Grund der Verurteilung seinen Anspruch ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung im Wege der Zwangsvollstreckung verfolgen kann, wenn der Schuldner im Verzug der Annahme ist. Es handelt sich hier aber nicht um eine Verscherzung des Einrederechtes, wie Schollmeyer[1]) anzunehmen scheint; denn dieses ist mit der Erlassung des Urteils erloschen. § 274 Abs. 2 l. c. enthält vielmehr eine prozeßrechtliche Bestimmung, welche dem Gläubiger im Vollstreckungsverfahren ein umständliches Vorgehen gegen den renitenten Schuldner nach §§ 887 ff. C.P.O. ersparen soll.

Aus den zitierten Gesetzesstellen geht ohne weiteres hervor, daß zur Zwangsvollstreckung die Verurteilung zur Zug um Zug Erfüllung genügt. Wenn dagegen Hellwig[2]) annimmt, daß eine Klage auf Verurteilung aus einem Rechte auf ein konstitutives Urteil nicht begründet werden könne, vielmehr erst das aus dem Anspruche entstehende Klagerecht geltend gemacht, eventuell mit der Klage auf das konstitutive Urteil verbunden werden müsse, so denkt er offenbar nur an die Statusrechte und die aus denselben erwachsenden Ansprüche. Allein das Recht auf ein Austauschurteil erschöpft sich nicht darin, daß der Richter ganz allgemein an Stelle zweier selbständiger Leistungspflichten eine Austauschpflicht setzt; sein Inhalt erstreckt sich vielmehr auch auf die Frage, worin die zum Austausch zu bringenden Erfüllungspflichten bestehen.

---

[1]) § 273 Erl. 5.
[2]) § 61 III Z. 2.

F. Prozeßkosten.

§ 24.

Da die Einrede der Zug um Zug Leistung zu einer Verurteilung beider Teile führt, so wird hinsichtlich der Prozeßkosten in der Regel § 92 C.P.O. zur Anwendung zu kommen haben, es sei denn, daß die eine oder andere Partei durch ihr Verhalten zur Klageerhebung nicht Veranlassung gegeben hat. Wann dies der Fall ist und § 93 l. c. zur Anwendung zu kommen hat, muß von Fall zu Fall entschieden werden.

Verweigert der Verpflichtete die verlangte Leistung, ohne seinerseits Gegenleistung zu begehren, so ist der Berechtigte befugt, auf Leistung schlechthin zu klagen, weil er noch gar nicht weiß,[1]) ob der Verpflichtete sein Gegenrecht geltend zu machen beabsichtigt oder nicht. Wenn nun auf die Erhebung der Klage hin die Einrede geltend gemacht und der ihr zugrunde liegende Anspruch vom Gläubiger sofort anerkannt wird, dann hat der Beklagte die ganzen Prozeßkosten zu tragen, teils weil der Kläger zum richterlichen Ausspruch über die Gegenleistung keine Veranlassung gegeben hat, teils weil er, der Beklagte, sachfällig ist.

Ähnlich liegt der Fall, wenn der Schuldner die Annahme der Gegenleistung verweigert oder aber die angebotene Gegenleistung zwar annehmen will, die Leistung selbst aber verweigert; hier bleibt dem Gläubiger zur Verwirklichung seiner Rechte nur Klagestellung übrig, und zwar wird er hier, wie in allen Fällen, wo er an der Entgegennahme seiner Gegenleistung Interesse hat, auf Erfüllung Zug um Zug klagen. Es ist klar, daß auch in diesen Fällen der Beklagte die Prozeßkosten zu tragen hat.[2])

Umgekehrt trifft die Kostenpflicht den Kläger, wenn der Beklagte seine Weigerung mit der gerechtfertigten Einrede der Zug um Zug Leistung begründet und den Leistungsanspruch sofort anerkennt, der Kläger aber trotzdem Klage auf Leistung erhebt; denn die gerichtliche Tätigkeit wurde hier nicht durch den Schuldner veranlaßt, der Gläubiger hätte es vielmehr in seiner Hand gehabt, durch das Angebot der

---

[1]) Oft auch gar nicht wissen kann, z. B. ob und in welcher Höhe der Schuldner für den herauszugebenden Gegenstand Aufwendungen machte.

[2]) Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 95.

Gegenleistung die Weigerung des Schuldners abzuwenden; dies gilt natürlich für alle Fälle des klägerischen Annahmeverzuges.

Es wird sich also die Regel aufstellen lassen, daß die Kosten des ganzen Prozesses dann von einer Partei zu tragen sind, wenn diese in Verzug geraten ist oder den Gegner schuldhafter Weise in Unkenntnis über Bestand und Höhe der von diesem sofort anerkannten Gegenforderung gelassen hat.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.